



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional
y régimen disciplinario de los jueces**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Jorge Luis PAJUELO CABANILLAS

ASESOR

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO

Lima, Perú

2020



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Pajuelo, J. (2020). *Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y régimen disciplinario de los jueces*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Unidad de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

HOJA DE METADATOS COMPLEMENTARIOS

Código ORCID del autor	_____
DNI o pasaporte del autor	09893956
Código ORCID del asesor	0000-0003-1082-193X
DNI o pasaporte del asesor	06756703
Grupo de investigación	_____
Agencia financiadora	_____
Ubicación geográfica donde se desarrolló la investigación	Perú, Lima, Lima, Lima. Latitud : -12.0621065 Longitud : -77.0365256
Disciplinas OCDE	Derecho (5.05.01) http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNMSM

Firmado digitalmente por RETAMOZO
LINARES Jose Alberto FAU
20148092282 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11.11.2020 11:33:47 -05:00

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, a los ocho días del mes de octubre del año dos mil veinte, siendo las quince horas, bajo la Presidencia del Dr. José Antonio Ñique de la Puente, con la asistencia de los Profesores: Dr. José Félix Palomino Manchego, Dr. Raúl Roosevelt Chanamé Orbe, Dra. Marianella Leonor Ledesma Narvaez, Dr. Edgardo Gonzalo Rodríguez Gómez, y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Jorge Luis PAJUELO CABANILLAS**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“JURISPRUDENCIA VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS JUECES”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado por mayoría con nota de bueno con la calificación de quince (15)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Jorge Luis PAJUELO CABANILLAS**.

Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las diecisiete horas, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.

Dr. José Antonio ÑIQUE de la PUENTE
Presidente
Profesor Principal

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Asesor
Profesor Principal

Dr. Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE
Miembro
Profesor Principal

Dra. Marianella Leonor LEDESMA NARVAEZ
Jurado Informante
Profesora Auxiliar

Dr. Edgardo Gonzalo RODRÍGUEZ GÓMEZ
Jurado Informante
Profesor Contratado

A mi esposa Yenny y mis hijos Alonso David y Grecia Lucero;
mi familia, mi paz, mi inspiración

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	1
--------------	---

CAPÍTULO PRIMERO EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. Planteamiento del problema	3
1.1. Diagnóstico situacional	3
1.2. Formulación del problema	19
2. Objetivo de la investigación	19
2.1. Objetivo principal	19
2.2. Objetivos específicos	20
3. Justificación de la investigación	20
4. Delimitación	23
5. Hipótesis, variables e indicadores	24

CAPÍTULO SEGUNDO MARCO TEÓRICO SUBCAPÍTULO I ESTADO Y DIVISIÓN DE PODERES

6. Poder y Autoridad	26
7. Origen del Estado	29
8. Tesis sobre la división de poderes	30
9. Crítica a la teoría clásica de Montesquieu	38

SUBCAPÍTULO II INDEPENDENCIA JUDICIAL

10. Nombramiento de jueces	44
10.1. Durante la Monarquía	44

10.2. En el Perú	45
11. Independencia judicial (principio de independencia e independencia subjetiva)	47
12. Independencia judicial en el derecho comparado	51
13. Independencia judicial en la legislación peruana vigente	53
14. Independencia judicial en la historia del Perú	54
15. Independencia judicial según el Tribunal Constitucional peruano	61
16. Independencia judicial según la justicia supranacional	76

SUBCAPÍTULO III

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

17. Estado Constitucional de derecho	86
18. Control difuso y concentrado	88
19. El Tribunal Constitucional. Orígenes	92
20. El Tribunal Constitucional peruano y la división de poderes	95
21. Tribunal Constitucional en la legislación comparada	98
22. El Tribunal Constitucional peruano	101
22.1 Tipología de la jurisprudencia constitucional	104
22.2 Efectos de la jurisprudencia constitucional (Art. VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)	108
22.3 Principios de interpretación constitucional	111

SUBCAPÍTULO IV

JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE VINCULANTE

23. La jurisprudencia como fuente del derecho	114
24. <i>Common law</i> y <i>civil law</i>	116
25. La jurisprudencia en el <i>common law</i> : el precedente	117
25.1 Origen y evolución: Inglaterra	117
- <i>Common law</i> y <i>equity</i>	120
25.2 Organización del sistema judicial inglés	123
25.3 Traspaso al derecho angloamericano	127

25.4 Organización del sistema judicial americano	128
25.5 El precedente- El <i>stare decisis</i>	132
25.6 <i>Ratio decidendi</i> y <i>obiter dictum</i>	136
25.7 <i>Overruling</i> y <i>distinguishing</i>	138
25.8 <i>Judicial review</i>	140
25.9 <i>Leading case</i>	141
26. La jurisprudencia en el <i>civil law</i>	142
27. Convergencia de los sistemas	142
28. El caso peruano	143
28.1 Plenos jurisdiccionales	144
28.2 Jurisprudencia judicial vinculante	146
28.3 Jurisprudencia y precedente constitucional vinculante	148
28.4 Precedente vinculante e independencia judicial	149

SUBCAPÍTULO V

CONTROL DISCIPLINARIO DE LOS JUECES

29. Función pública	151
30. Derecho disciplinario	152
31. Procedimiento disciplinario en el Perú	153
32. Procedimiento disciplinario. Principios	155
33. Faltas disciplinarias	160
33.1 Faltas leves	160
33.2 Faltas graves	165
33.3 Faltas muy graves	171
34. Sanciones	176
35. Falta de motivación como falta muy grave del juez	177
35.1 Sobre el deber de motivación	177
35.2 Sobre la falta de motivación como presupuesto de control disciplinario	180
36. Inaplicación de la jurisprudencia y precedente constitucional vinculante	182
37. Independencia judicial y proceso disciplinario	183

CAPÍTULO TERCERO

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

38. Tipo y diseño de la investigación	185
38.1. Tipo de investigación	185
38.2. Diseño de la investigación	185
39. Población y muestra de la investigación	186
39.1. Población	186
39.2. Muestra	186
40. Técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos	187

CAPÍTULO CUARTO

COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS Y RESULTADOS

41. Ordenamiento y análisis de datos	188
41.1. Análisis documental	188
41.2. Resultado de encuestas	194
42. Conclusiones	204
43. Aportes y recomendaciones	206
 BIBLIOGRAFÍA	 209
ANEXO 1 (Matriz de Consistencia)	216
ANEXO 2 (Cuestionario)	217

RESUMEN

Sin negar la importancia del precedente para la predictibilidad de las decisiones judiciales, al incorporarse al sistema peruano –adscrito al *civil law* –se pretende imponer al juez su aplicación bajo la amenaza de control y sanción disciplinaria. Esto revela la necesidad de conocer cómo se articulan las fuentes del derecho y el *stare decisis* en el sistema de donde es oriundo (*common law*), a fin de garantizar la independencia del juez como una de las garantías de la impartición de justicia.

SUMMARY

Without denying the importance of the precedent for the predictability of judicial decisions, by joining the Peruvian system -ascribed to the civil law- it is intended to impose on the judge its application under the threat of control and disciplinary sanction. This reveals the need to know how the sources of law and stare decisis are articulated in the system from which it originates (common law), in order to guarantee the independence of the judge as one of the guarantees of the administration of justice.

INTRODUCCIÓN

No hay duda de la importancia del precedente para la predictibilidad de las decisiones judiciales, como también para la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley. Por eso, a pesar que el derecho peruano está adscrito al *civil law*, donde por antonomasia es la ley la fuente principal del derecho, le hace bien la importación de la figura del precedente, desde el sistema del *common law*, en materia constitucional.

No obstante, desde que entró en vigencia el Código Procesal Constitucional (2004), no han sido pocas las veces en las que decisiones del Tribunal Constitucional despertaron el pronunciamiento de la judicatura ordinaria que ha visto amenazada su independencia, siendo el más claro y evidente enfrentamiento aquél protagonizó el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, cuando en el 2006 emitió un comunicado remarcando que los jueces sólo están sometidos a la Constitución y la ley, un día después que la Oficina de Control de la Magistratura publicara su resolución disponiendo que los jueces den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes.

Desde entonces ha transcurrido más de una década, se ha comprendido mejor la figura de la jurisprudencia y precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, pero no ha dejado de ser una amenaza para el juez el hecho de que el sistema de control lo investigue y eventualmente sancione sólo porque no concuerda con el criterio de dicho Tribunal.

Es verdad que la 1ª Disposición Final de la Ley 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que los jueces interpretan y aplican las leyes, en armonía con la interpretación resultante de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, bajo responsabilidad, pero dicha disposición no puede estar por encima del Art. 146° inc. 1° de la Constitución que garantiza la independencia del juez, encontrándose sometido sólo a dicha Constitución y la ley.

A ese contexto se suma que la Ley de la Carrera Judicial no contempla expresamente como falta del juez, que éste no aplique la jurisprudencia o precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, de forma tal que cuando se ha abierto investigación o sancionado por ese motivo, se ha tipificado el hecho en supuestos más genéricos como la falta de motivación o la vulneración de los deberes del cargo.

Al margen del marco legal y ante este panorama, la presente tesis parte de la necesidad por conocer cómo se articulan las fuentes del derecho y el precedente en el sistema de donde es oriundo (*common law*), pues hasta donde hemos revisado, en dicho sistema no se impone de esa manera el *stare decisis*.

Por eso, la investigación pretende comprobar que el control disciplinario afecta tanto el principio de independencia judicial como la independencia judicial subjetiva, cuando soslayando el criterio del juez lo obliga a la aplicación del precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional, para lo cual transitaremos doctrinariamente por los conceptos del Estado y división de poderes, la independencia judicial, sobre el Tribunal Constitucional, la jurisprudencia, el precedente vinculante y sobre el control disciplinario de los jueces.

Para no agotar el debate en meras disquisiciones académicas, a través del análisis documental estudiaremos la forma cómo procede el órgano de control en estos casos y, lo más importante, aplicaremos una encuesta a los jueces constitucionales para investigar cuál es su posición sobre el tema de estudio, en la espera que nuestras conclusiones y recomendaciones aporten al derecho peruano y sobre todo al sistema de impartición de justicia.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. Planteamiento del problema

1.1. Diagnóstico situacional

La crisis del sistema de impartición de justicia en el Perú tiene múltiples explicaciones, entre otras, la corrupción, la sobrecarga procesal y la provisionalidad en el cargo de los jueces. Pero no menos preocupante es el problema de la falta de predictibilidad en las decisiones de los jueces, inclusive, en el mismo seno de la Corte Suprema de Justicia.

Desde el legislativo, en los diferentes sistemas procesales se han estructurado mecanismos para que la predictibilidad sea posible, a través de la denominada jurisprudencia vinculante. Así, el Art. 301-A del Código de Procedimientos Penales prescribe que las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas; el Art. 37° del TUO (*) de la Ley 27584 señala que constituyen precedente vinculante los principios jurisprudenciales que fija la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; el Art. 400° del Código Procesal Civil prescribe que la decisión que se toma en mayoría absoluta en Pleno Casatorio constituye precedente vinculante, y el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que las sentencias del Tribunal Constitucional constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia.

(*) TUO: Texto Único Ordenado

Desde el mismo Poder Judicial, el problema de la predictibilidad pretende ser superado a través de los denominados plenos jurisdiccionales (Distritales, Regionales y Nacionales), donde previo debate y votación, los jueces concuerdan jurisprudencia de su especialidad, por unanimidad o mayoría, para resolver determinado asunto sustantivo o procesal, teniendo como base legal el Art. 116° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sobre el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial, el Art. 22° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que las Salas de la Corte Suprema publican las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales y constituyen precedente de obligatorio cumplimiento, pero más adelante acepta que en caso los jueces *“por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan”*¹. En similar sentido el Art. 37° del TUO de la Ley 27584 flexibiliza la obligatoriedad del precedente *“siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan”*².

De ahí que en términos generales, la doctrina jurisprudencial de las Salas de la Corte Suprema no han sido en estricto “vinculantes”, pues siempre será posible apartarse motivadamente, y ni qué decir de los Plenos Jurisdiccionales. Luego, la predictibilidad de las decisiones judiciales ha sido un problema que desde el interior del Poder Judicial no ha sido debidamente resuelto, salvo el caso de los Plenos Casatorios Civiles, pero que por su número –sólo 10 (I: Transacción Extrajudicial como excepción procesal y Legitimación en defensa de intereses difusos; II: Coposesión y Prescripción adquisitiva; III: Indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho; IV: Ocupante precario; V: Impugnación de acuerdos y Nulidad de acto jurídico; VI: Ejecución de Garantías; VII: Tercería; VIII: Disposición de

¹ Decreto Supremo 017-93-JUS –Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de Julio de 1993.

² Decreto Supremo 013-2008-JUS –Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el D. Leg. 1067, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de Agosto del 2008.

bien social; IX: Nulidad de oficio en los procesos de otorgamiento de escritura; y X: Prueba de oficio) –representan poco avance dentro de los numerosos temas de debate judicial.

Realizado el pleno casatorio, el precedente judicial viene a ser la decisión que haga suya la mayoría de los asistentes al pleno, a partir de lo cual es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, manteniéndose vigente hasta que otro precedente modifique dicha posición. Así lo establece el Art. 400° del Código Procesal Civil, pero aun en ese escenario consideramos que es posible que un juez se aparte motivadamente de dicha decisión; de ahí que el Art. 386° del mismo código señale que una de las causales para interponer recurso de casación sea que se hayan apartado inmotivadamente del precedente judicial (en sentido contrario, es viable el apartamiento motivado).

En ese contexto, han sido mas bien los precedentes vinculantes que dicta el Tribunal Constitucional los que han venido a resolver en parte el problema de la predictibilidad, obviamente, en lo que concierne a la justicia constitucional, pero no necesariamente por la fuerza argumentativa de sus decisiones, sino porque por imperio de la ley ningún juez puede apartarse de tales precedentes. Literalmente, la 1ª Disposición Final de la Ley 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que “los jueces interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”³.

Véase que los jueces no están sometidos sola y únicamente al precedente vinculante, sino a la interpretación que resulte de las resoluciones que en general emite el Tribunal Constitucional; lo que en buena cuenta es la jurisprudencia constitucional a que se refiere el Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que conjuntamente con los precedentes

³ Ley 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de Julio del 2004.

vinculantes (Art. VII) vienen a constituir el corsé dentro del cual debe desarrollar el juez su función. En otras palabras, jurisprudencia constitucional y precedentes vinculantes son por igual “vinculantes” para todos los jueces de la República, bajo responsabilidad.

Si acaso el juez contemporáneo ha querido distinguirse del juez “boca de la ley” al que aludió MONTESQUIEU, pretender que interprete las normas conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, parece convertirlo ahora en juez “boca del precedente”, so pena de ser sometido a proceso disciplinario y ulterior sanción, pues como quiera que los jueces deben sujetarse a la interpretación del Tribunal, “bajo responsabilidad”, cuando éstos emitieron decisiones desconociendo algún precedente constitucional, han sido sometidos a procedimiento disciplinario que ha concluido con la aplicación de sanción. Entonces, dejando de lado los casos donde la omisión del precedente es dolosa, la existencia de la jurisprudencia constitucional y del precedente del Tribunal Constitucional, pone en debate el papel de éste órgano dentro del marco de la división de poderes, la imposición por ley del precedente, la clasificación de las fuentes del derecho, la cosa juzgada y la independencia de los jueces.

Aun cuando es natural que toda resolución pueda ser anulada dentro del trámite de un recurso impugnatorio, cuando la nulidad de una resolución judicial es declarada por el Tribunal Constitucional, el conflicto gira en torno a si el Tribunal puede estar “por encima” de uno de los poderes del Estado. Independientemente del modelo (difuso o concentrado), los jueces de los países donde el Tribunal Constitucional es un órgano autónomo separado del Poder Judicial (Bolivia, Chile, España, Perú), ven amenazada su independencia, mientras que por ejemplo en Colombia, donde la Corte Constitucional forma parte del mismo poder del Estado desde la reforma de 1991 –cuando fue creada dentro de la rama judicial –ven una amenaza a la seguridad jurídica e interferencia de funciones

En nuestro país, las diferencias entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional eran tales que la Oficina de Control de la Magistratura –

OCMA entró a tallar, cuando publicó en El Peruano (4 de Abril del 2006) la Resolución de Jefatura 021-2006-J-OCMA/PJ disponiendo que los jueces den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes, mereciendo por respuesta el comunicado publicado al día siguiente (5 de Abril) por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que puntualizaba que los jueces sólo están sometidos a la Constitución y a la ley. De esta manera, el Consejo Ejecutivo terció a favor de la interpretación literal de la Constitución (Art. 146°: Los jueces sólo están sometidos a la Constitución y a la ley), en franco desconocimiento del poder vinculante del precedente emanado del Tribunal Constitucional y en abierta contraposición con lo dispuesto por la OCMA.

La reacción de la judicatura era desde un punto de vista comprensible, pues el Código Procesal Constitucional (Ley 28237), por el que se instituyó la figura del precedente constitucional, acababa de entrar en vigencia el 1 de Diciembre del 2004. No obstante lo dicho por la OCMA, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha dejado de suscitar –en ciertos casos –crítica desde el interior del Poder Judicial, en un claro conflicto que destacó por ejemplo en el proceso competencial relativo a los tragamonedas (Exp. 006-2006-PC/TC), que involucró a distintos operadores que se habían beneficiado con sentencias judiciales que impedían al MINCETUR ejercer su labor fiscalizadora, donde pronunció el Tribunal Constitucional su sentencia del 13 de Febrero del 2007 declarando nulas varias resoluciones judiciales firmes, invocando entre otros fundamentos que éstas nunca adquirieron la calidad de “cosa juzgada constitucional”.

Merece también mención la sentencia que el mismo Tribunal expidió el 13 de Octubre del 2008 en el Exp. 00728-2008-PHC/TC, por la que cuestionó la motivación relativa a la valoración de las pruebas y declaró nula la ejecutoria dictada por la Primera Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el proceso penal seguido contra Giuliana Llamoca Hilares por delito de parricidio. Y no menos importante y más controversial fue la sentencia del 19 de Octubre del 2009 que el Tribunal dictó en el Exp. 3509-2009-PHC/TC, ordenando que una Sala Penal excluya al General EP (r) Walter Chacón Málaga del proceso que se le venía

siguiendo por delito de enriquecimiento ilícito, presuntamente cometido durante el gobierno del Ex –Presidente Alberto Fujimori.

En España, en un proceso penal mediático (“caso URBANOR”) de estafa y falsedad que involucraba millones de euros, en Febrero del 2008 el Tribunal Constitucional anuló la sentencia condenatoria que había dictado el Tribunal Supremo. También, en un proceso de amparo que involucraba la participación en las elecciones al Parlamento Europeo de la coalición “Iniciativa Internacionalista –La Solidaridad entre Los Pueblos II-SP”, cuestionada por sus vínculos con Batasuna (partido político declarado ilegal por su relación con ETA), en Mayo del 2009 el Tribunal Constitucional anuló el auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo, permitiéndose así su participación en los comicios. Y lo mismo sucedió en un caso donde estaba en debate la autonomía universitaria, donde por resolución de Diciembre del 2011 el Tribunal anuló la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso –Administrativo del Tribunal Supremo y estimó parcialmente la demanda de amparo de la Universidad del País Vasco.

En Colombia, el enfrentamiento entre la Corte Suprema y la Corte Constitucional –denominado ahí “choque de trenes” –es un tema en el que inclusive ha intervenido el ejecutivo en búsqueda de concertación. Valga como ejemplo las 50 acciones de tutela que en el 2004 inadmitió la Corte Suprema, negándose a remitir los expedientes a la Corte Constitucional; o la sentencia de Agosto del 2008 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, por la que se declara inoponible una sentencia de la Corte Constitucional, asumiendo que las sentencias de ésta última también son revisables vía acción de tutela.

En todos estos casos, a nivel nacional e internacional, las decisiones del Tribunal o Corte Constitucional han generado controversia y la comprensible reacción de los jueces del Poder Judicial, quienes en esencia ven una amenaza a su independencia y al principio de la división de poderes. Lo interesante, como anotáramos, es que el conflicto no es ajeno en Colombia donde la Corte Constitucional forma parte de la rama judicial, pero ya no por

un tema de independencia, sino por un tema de seguridad jurídica e interferencia de funciones.

En nuestro país, en consonancia con su Resolución de Jefatura 021-2006-J-OCMA/PJ, la OCMA ha sumado a la lista de conductas irregulares que todavía investiga (cobro de coimas, patrocinio indebido, etc.), la de inaplicación de precedentes vinculantes. Obviamente, el Tribunal Constitucional ha resaltado la vigencia de la precitada Resolución Jefatural y que la posición de la OCMA es coherente con lo preceptuado en el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como se lee en el Exp. 1567-2006-PA/TC sentencia del 30 de Abril del 2006 fundamento 34, en el Exp. 04245-2006-PA/TC sentencia del 8 de Agosto del 2006 fundamento 14 y en el Exp. 006-2006-PA/TC sentencia del 12 de Febrero del 2007 fundamento 53⁴.

En ese contexto, entre otros casos, la OCMA instauró la Investigación 37-2007, que tiene como antecedente un proceso de amparo sobre despido fraudulento, donde el órgano de control propuso medida de destitución por Resolución del 7 de Junio del 2007, por haberse inaplicado el precedente vinculante contenido en la sentencia 0206-2005-PA/TC del 28 de Noviembre del 2005, concluyendo que de esta manera se incumple el deber de motivación, incurriéndose en responsabilidad disciplinaria conforme al derogado Art. 201° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incisos 1° (infracción a los deberes) y 6° (conducta irregular que menoscaba el decoro y respetabilidad de la función).

Otro ejemplo es la Investigación 077-2007-OCMA, instaurada a raíz de medidas cautelares sobre ómnibus carrozados sobre chasis de camión (buses –camión), donde por Resolución del 30 de Abril del 2008 se impuso a los jueces involucrados medida de suspensión, por desconocer la sentencia del Tribunal Constitucional expedida el 27 de Febrero del 2006 en el Exp.

⁴ En el Exp. 1567-2006-PA/TC que tenía que ver con competencia arbitral, no se aplicaron los criterios jurisprudenciales establecidos en el Exp. 6167-2005-PHC. Por otro lado, en el Exp. 04245-2006-PA/TC y el Exp. 006-2006-PA/TC se advirtió que no se aplicó la jurisprudencia vinculante relativa a los casinos y tragamonedas, poniéndose a conocimiento lo resuelto a la Oficina de Control.

7320-2005-PA/TC. En este caso, como lo reconoce el propio órgano de control, la sentencia del Tribunal no es una con el carácter de precedente vinculante, pero que se adecua a la jurisprudencia constitucional a que se refiere el Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por lo que con su desconocimiento se incumple con el deber de motivación, como garantía de debido proceso, incurriéndose en responsabilidad disciplinaria conforme al derogado Art. 201° de la Ley Orgánica del Poder Judicial incisos 1° (infracción a los deberes) y 6° (conducta irregular que menoscaba el decoro y respetabilidad de la función).

También, cabe citar la Investigación 247-2006 –Lima Norte, en la que el OCMA propuso también destitución por Resolución del 10 de Enero del 2008, por inaplicación de reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del precedente contenido en la sentencia del 2 de Febrero del 2006 del Exp. 4227-2005-PA/TC, relativos al rubro de tragamonedas; y, la Investigación 0086-2007-San Martín, en la que el OCMA propuso igualmente destitución por Resolución del 10 de Junio del 2008, por inaplicación del precedente vinculante contenido en la sentencia 0206-2005-PA/TC del 28 de Noviembre del 2005. En ambos casos, como en los anteriores, se concluye que los jueces incurrieron en responsabilidad disciplinaria conforme al derogado Art. 201° de la Ley Orgánica del Poder Judicial incisos 1° (infracción a los deberes) y 6° (conducta irregular que menoscaba el decoro y respetabilidad de la función).

Después que diversos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial fueron derogados al entrar en vigencia la Ley de la Carrera Judicial –Ley 29277, en lugar de encuadrar la responsabilidad disciplinaria (por inaplicación de precedente vinculante) en el Art. 201° incisos 1° y 6°, la OCMA la encuadra en el supuesto de Falta muy grave prevista en el Art. 48° inciso 12° de la Ley 29277 (“acto u omisión que sin ser delito, vulnera gravemente los deberes del cargo previstos en la ley”⁵), en concordancia con lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional.

⁵ Ley 29277 –Ley de la Carrera Judicial, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de Noviembre del 2008.

Así se ve en la Investigación 144-2007-San Martín en la que por Resolución del 29 de Septiembre del 2009 se propone destitución por inaplicación del precedente contenido en la sentencia 0206-2005-PA/TC del 28 de Noviembre del 2005; y, en la Queja Odecma 1054-2009 –Ancash en la que por Resolución del 23 de Noviembre del 2009 se propone destitución por inaplicación de los precedentes relativos a los tragamonedas. En la Investigación 0008-2008 –Del Santa, por inaplicación del precedente contenido en la sentencia 0206-2005-PA/TC, la OCMA refiere en su Resolución del 13 de Noviembre del 2009, que la conducta se encuadra en la Falta muy grave prevista en el Art. 48° inciso 13° de la Ley de la Carrera Judicial (no motivar las resoluciones o inobservar inexcusablemente los deberes judiciales).

Como vemos, en primer lugar, el órgano de control encuentra responsabilidad disciplinaria, cuando se inaplica la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional, como cuando se inaplican sus precedentes vinculantes (regulados respectivamente en los Art. VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). En segundo lugar, a la luz de la legislación vigente, para tipificar la conducta del juez, encuadra ambos casos al supuesto de Falta muy grave previsto en el Art. 48° inciso 12° de la Ley 29277 (acto u omisión que sin que constituya delito, vulnera los deberes del cargo) o en el inciso 13° (no motivar las resoluciones o inobservar inexcusablemente los deberes judiciales).

Advertiremos que la Ley de la Carrera Judicial no prevé –literalmente –como falta leve, grave o muy grave la inaplicación, desconocimiento o apartamiento de la jurisprudencia constitucional o de los precedentes vinculantes; por eso, la OCMA se ha visto forzada a encuadrar esta figura dentro de los supuestos genéricos : *i)* acto u omisión que sin que constituya delito vulnere los deberes del cargo, y *ii)* no motivar las resoluciones o inobservar inexcusablemente los deberes judiciales (Art. 48° incisos 12° y 13° de la Ley 29277), en concordancia con las normas que regulan el deber

de los jueces de motivar resoluciones, respetar el debido proceso y estar vinculados a las decisiones del Tribunal Constitucional.

Lo que en buena cuenta ha diseñado el legislador es un mecanismo en el que la última palabra, en la interpretación de la norma constitucional, corresponde a los Magistrados del Tribunal Constitucional, y para que ésta sea respetada, se ha impuesto por ley su carácter vinculante, bajo responsabilidad. La construcción es coherente, pues si el Tribunal es el máximo intérprete de la Constitución, es sensato que todos los jueces se adecúen a los lineamientos de dicho Colegiado, cuando interpreta la norma constitucional.

Pero el problema es que ya no sólo los precedentes son vinculantes, sino también la jurisprudencia constitucional. Y como quiera que la Constitución irradia sus alcances a todo el ordenamiento, el Tribunal ha terminado dictando jurisprudencia en asuntos extra –constitucionales propiamente dichos, como el tema de llenado de títulos valores incompletos (Exp. 04087-2011-PA/TC, sentencia del 28 de Mayo del 2012), o la actuación del Martillero Público en el acto de remate (Exp. 05037-2011-AA/TC, sentencia del 24 de Agosto del 2012) y ha ordenado sin más la exclusión de un investigado en pleno proceso penal (recuérdese el caso del Gral. Chacón), entre otras decisiones que van limitando peligrosamente la independencia del juez al momento de juzgar, convirtiéndolo en un eco de lo que al parecer de los miembros del Tribunal es la interpretación correcta, ya no sólo de la Constitución, sino de las distintas figuras jurídicas.

El asunto puede escudriñarse desde distintas aristas. Puede examinarse como un problema que atañe a la división de poderes, pues con semejantes atribuciones (declarar la inconstitucionalidad de una ley y anular sentencias), es posible sostener que el Tribunal Constitucional está invadiendo fueros ajenos y superponiéndose a los Poderes del Estado, pero también es verdad que nadie denuncia que exista “invasión” de fueros cuando un Ministro es interpelado por el Congreso, cuando el Congreso investiga asuntos de interés público, o porque el Presidente de la República puede disolver el

Congreso, al igual que éste puede vacar al primer mandatario por permanente incapacidad moral o física, pues todos estos escenarios están debidamente reglados.

Podemos examinar el tema como un problema que atañe a la independencia judicial (como principio normativo y como independencia subjetiva), pues el juez no está sujeto más que a la Constitución y a la ley, pero también es verdad que el máximo intérprete de la Constitución es el Tribunal Constitucional. Para defender la obligatoriedad del precedente habría que sacrificar –si se quiere –la libertad creativa del juez, en favor de la predictibilidad, coherencia del sistema y del derecho a la igualdad. Donde el Tribunal o Corte Constitucional forma parte del Poder o Rama Judicial, ya no se cuestiona la independencia judicial, sino la falta de seguridad jurídica, pues la cosa juzgada judicial puede ser cuestionada en nuevo proceso de amparo o tutela.

Desde otra perspectiva, el problema es uno que atañe a los sistemas jurídicos, pues puede cuestionarse cómo dentro de un sistema propio del *civil law* (Derecho Continental o romano -germánico) basado en la codificación, se pretende imponer “por ley” la figura del precedente, propio del *common law* (Derecho anglosajón) basado en el derecho judicial, pero también es verdad que esto sería una señal más de que estos sistemas jurídicos tienden a converger en la actualidad, máxime si así lo exige el comercio internacional.

El problema de imponer a los jueces el criterio de los miembros del Tribunal Constitucional, pasa también por analizar el procedimiento de selección y nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional, versus el procedimiento seguido con el mismo propósito, en el caso de los jueces del Poder Judicial. Por ende, dejando de lado el sistema de derecho (*civil law* o *common law*), el problema es si la independencia subjetiva de un juez nombrado por meritocracia, debe estar limitado por la interpretación normativa de jueces nombrados en democracia representativa, o en otras palabras si el órgano técnico debe abdicar a favor del órgano político.

El hecho de que los miembros del Tribunal Constitucional sean elegidos por el Poder Legislativo les concede legitimidad de carácter político, y si bien es necesario consolidar la predictibilidad y la fuerza del precedente, para nosotros se afecta la independencia judicial (como principio normativo y como independencia subjetiva) cuando el juez es obligado a acatarlo bajo la amenaza de proceso disciplinario, máxime si la legitimidad de éste descansa en la meritocracia, pues es nombrado previo riguroso proceso de selección para el nombramiento o ascenso, donde se evalúa su desempeño profesional e idoneidad (calidad de sus decisiones, gestión de procesos y organización del trabajo).

Efectivamente, en el Perú, los Jueces del Poder Judicial (menos los Jueces de Paz) son nombrados previo concurso público, que incluye examen escrito, evaluación curricular y entrevista pública, con participación de la ciudadanía, que puede formular tacha contra los postulantes o presentar información que respalde o cuestione la idoneidad del candidato, antes de la entrevista. El grado de dificultad del examen escrito se puede inferir de los resultados por convocatoria; por ejemplo, en la Convocatoria 003-2011 para cubrir (para la zona Sur del país) plazas de Jueces Especializados y Mixtos, Fiscales Provinciales y Adjuntos Superiores, de 1216 postulantes aptos asistieron 1191 al examen escrito y sólo 222 aprobaron⁶; en la Convocatoria 001-2012 para cubrir las plazas de Jueces Superiores a nivel nacional, de los 622 postulantes aptos sólo 145 aprobaron la evaluación escrita⁷; y en la Convocatoria 002-2012-SN para cubrir la plaza de Juez Supremo, de un total de 25 candidatos sólo 6 aprobaron el examen⁸. De más reciente data podemos citar el examen escrito que se desarrolló el 23 de Octubre del 2016 dentro del marco de las Convocatorias 003, 004, 005 y 006-SN/CNM, al que se presentaron 4228 postulantes y sólo 420 aprobaron. Y por último la Convocatoria 006-2017-SN/CNM para cubrir las plazas de jueces supremos,

⁶ Fuente: www.cnm.gob.pe : Nota de Prensa 039 CII/PCNM-2012 del 15-04-2012.

⁷ Fuente: www.cnm.gob.pe : Nota de Prensa 087 CII/PCNM-2012 del 23-09-2012.

⁸ Fuente: www.cnm.gob.pe : Nota de Prensa 091 CII/PCNM-2012 del 15-10-2012.

a los que se presentaron 107 postulantes al examen escrito y sólo aprobaron 20.

Los jueces han sido nombrados hasta hace poco por el Consejo Nacional de la Magistratura –CNM, cuyos 7 integrantes eran elegidos en votación secreta, cada 5 años: uno elegido por la Corte Suprema, otro nominado por la Junta de Fiscales Supremos, uno seleccionado por los miembros del Colegio de Abogados de la República, otros dos designados por los miembros de los demás Colegios Profesionales, uno más por los rectores de las universidades nacionales del país y por último uno seleccionado por los rectores de las universidades particulares, pudiendo eventualmente ser ampliado a 9 integrantes, con 2 adicionales designados por el mismo Consejo, entre las listas propuestas por las instituciones representantes del sector laboral y empresarial.

En el mes de Julio del 2018 se desató un verdadero escándalo cuando IDL Reporteros (Instituto de Defensa Legal) difundió los audios que revelaban la existencia de corrupción dentro del CNM, conllevando a que se declare en emergencia y se suspenda su funcionamiento (Ley 30833 publicada en El Peruano el 28 de Julio del 2018). El 10 de Enero del 2019 se publicó la Ley 30904 en virtud de la cual el mencionado órgano ha sido sustituido por la ahora denominada Junta Nacional de Justicia, que está conformada por 7 miembros, que han sido elegidos a través de concurso público de méritos; y el 19 de Febrero del 2019 se publicó La Ley 30916 –Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, que en esencia prevé –como antes – la evaluación de conocimientos, evaluación curricular y entrevista pública para el nombramiento de jueces y fiscales.

En el caso del Tribunal Constitucional, sus 7 integrantes son elegidos cada 5 años por el Congreso de la República, con el voto a favor de los dos tercios del número legal de los congresistas; lo que quiere decir que se requieren por lo menos 87 votos para la elección. Éste es un requerimiento bastante alto, pues para el período 2011 -2016 ninguno de los grupos parlamentarios alcanzó por sí sólo esa cantidad (los partidos que más Congresistas reunían

fueron Gana Perú con 43 y Fuerza 2011 con 36)⁹, lo que evita por un lado que un grupo imponga por sí solo al elegido, pero por otro da lugar –en lugar de consensos –a componendas y lobbies. De triste recordación fue la elección el 13 de Junio del 2007 de Javier Jesús Ríos Castillo, quien se vio obligado a renunciar al hacerse pública una reunión que sostuvo un día antes, entre otros, con Agustín Mantilla –vinculado al Partido Aprista y Óscar López Meneses –vinculado a Vladimiro Montesinos (Ex –asesor de Alberto Fujimori).

Sin ir tan lejos, el interés –poco santo –en controlar el Tribunal Constitucional, ha dilatado más de una vez la elección de sus nuevos miembros, que en teoría debe suceder cada 5 años. Juan Francisco Vergara Gotelli y César Rodrigo Landa Arroyo cumplían su mandato en Diciembre del 2009 y no fue hasta el 10 de Junio del 2010 que se eligió a Óscar Urviola Hani, quien reemplazó al segundo. Carlos Mesía Ramírez juramentó el 24 de Julio del 2006 y lo propio hizo Ricardo Beaumont Callirgos el 10 de Julio del 2007, mientras que Ernesto Álvarez Miranda, Gerardo Eto Cruz y Fernando Alberto Calle Hayen juramentaron el 19 de Septiembre del 2007. Con el mandato de sobra vencido, en Abril del 2013 Ricardo Beaumont Callirgos presentó renuncia irrevocable y ante la presión de la opinión pública el Congreso puso en agenda la elección de los nuevos miembros, pero aprovechó la prisa para lo que la opinión pública llamó “repartija”, en sesión del 17 de Julio del 2013, que tuvo que anular días después ante la exhortación del Presidente de la República y las protestas de la sociedad civil.

Meses después, el 21 de Mayo del 2014, se eligieron a los seis nuevos integrantes del Tribunal Constitucional. Desde un punto de vista, puede decirse que se esperó para que el nombramiento sea en bloque y así sucesivamente se elija a los nuevos miembros cada quinquenio, pero si mal pensamos, diríamos que hubo un deliberado propósito de juntar plazas para facilitar la “repartición” entre las fuerzas políticas.

⁹ Fuente: www.congreso.gob.pe. Para el período 2016 -2021 el grupo más numeroso con 73 curules es Fuerza Popular.

Si este es el problema en un Congreso donde no hay mayorías, la situación no es mejor cuando sucede lo contrario. En las elecciones generales para el Congreso de 1995, el partido Nueva Mayoría –Cambio 90 obtuvo 67 de 120 escaños y su más cercano competidor fue Unión por el Perú con 17, escenario bajo el cual el 28 de Mayo de 1997 se aprobó la acusación constitucional contra los Magistrados del Tribunal Constitucional Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur, con 52 votos a favor de la destitución, 33 en contra y 1 abstención¹⁰, con el evidente propósito de dejar el camino libre para una nueva reelección de Alberto Fujimori, pues dichos Magistrados se pronunciaron por la inaplicabilidad de la denominada Ley de Interpretación Auténtica (Ley 26657).

En el año 2017 la Comisión Permanente del Congreso aprobó que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales investigue a 4 de los miembros del Tribunal Constitucional: Manuel Miranda, Marianella Ledesma, Carlos Ramos y Eloy Espinoza (por lo que resolvieron en el denominado caso “El Frontón”), ante lo cual dichos Magistrados recurrieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para denunciar amenaza a su independencia, resolviendo ésta con fecha 17 de Diciembre del 2017 que se suspenda dicha investigación congresal hasta que el Pleno de dicha Corte conozca el caso en sesión ordinaria; decisión ratificada el 8 de Febrero del 2018, ordenando por mayoría que se archive el procedimiento de acusación constitucional (caso Durand y Ugarte vs. Perú).

Actualmente (Diciembre del 2019), para el mes de Mayo pasado ya venció el período para el que fueron designados 6 de los miembros del Tribunal Constitucional: Ernesto Blume Fortini, Manuel Miranda Canales, Carlos Ramos Núñez, José Luis Sardón de Taboada, Marianella Ledesma Narvaez y Eloy Espinoza –Saldaña Barrera. Si bien se comenzó a barajar nombres para la elección de los nuevos integrantes del Tribunal, se acusó a la

¹⁰ PEASE GARCÍA, Henry, *La Autocracia Fujimorista. Del Estado intervencionista al Estado mafioso*, Fondo de Cultura Económica, Fondo Editorial PUCP, 1ª Edición, Lima, Enero 2003, p. 319.

mayoría parlamentaria (Partido Fuerza Popular) de pretender copar tan importante colegiado para la protección de sus intereses, pues entre otras cosas éste resuelve en última instancia los procesos de amparo y hábeas corpus, en un contexto donde su lideresa (Keiko Fujimori; ex –candidata presidencial) se encontraba detenida por mandato judicial.

Entonces, estamos en un país con una democracia incipiente, donde nuestros representantes en el legislativo parecen velar más por sus intereses personales o partidarios, o pactan para “colocar” o “repartirse” las vacantes que van surgiendo en el Tribunal Constitucional, o pueden encontrar la forma de destituir a sus miembros invocando cualquier pretexto, pues al margen de las razones al final se decide por votación. Luego, si bien éstas son prerrogativas constitucionales asignadas al Congreso, está claro que éste puede manipular quiénes deben integrar o ser destituidos del Tribunal Constitucional y si al final de cuentas, son los miembros de este colegiado los que dictan los precedentes que vinculan obligatoriamente a todas las autoridades, incluidos los jueces del Poder Judicial, es sostenible que el poder político puede articular indirectamente la forma cómo desea que el Poder Judicial aplique las normas constitucionales.

En este contexto socio jurídico, es obvio que es más fácil manipular políticamente la designación de los miembros del Tribunal Constitucional (sin desmerecer sus cualidades personales y académicas)¹¹, que la conformación del Consejo Nacional de la Magistratura (actualmente Junta Nacional de Justicia), encargado de nombrar por méritos a los jueces del Poder Judicial, pues hasta hace poco los consejeros eran designados por elección, en representación de la Corte Suprema, Fiscales Supremos, Colegios de Abogados, otros Colegios Profesionales, universidades nacionales y particulares. Ahora, los miembros de la Junta Nacional de Justicia han sido elegidos previo concurso público de méritos, que estuvo a cargo de una Comisión Especial, de conformación plural (Defensor del Pueblo, Contralor General, entre otros).

¹¹ El 23 de Julio del 2020 se publicó la Ley 31031 que instituye la elección meritocrática de los miembros del Tribunal Constitucional, pero la selección y designación sigue en manos del Congreso.

Luego, desde esta perspectiva, es válido defender la independencia judicial, (como principio normativo y como independencia subjetiva), pues debe protegerse al juez del poder político¹², reflejado en la designación de los integrantes del Tribunal Constitucional. Y si bien concertamos en que la figura de la jurisprudencia vinculante del Tribunal es por ahora el mecanismo que –ante la ineficacia del Poder Judicial –favorece la predictibilidad y el derecho a la igualdad, de ahí a abrir proceso disciplinario o sancionar a un juez, por inaplicación de dicha jurisprudencia, nos parece una clara afectación a dicha independencia.

1.2 Formulación del problema

Problema general

¿El control disciplinario afecta el principio de independencia judicial cuando se obliga al juez a aplicar el precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional?

Problema específico

¿El control disciplinario afecta la independencia judicial subjetiva cuando soslayando el criterio del juez lo obliga a la aplicación del precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional?

2. Objetivo de la investigación

2.1. Objetivo general

Determinar si el control disciplinario afecta el principio de independencia judicial cuando se obliga al juez a aplicar el precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional.

¹² Al margen de lo sucedido con la suspensión del Consejo Nacional de la Magistratura, esto no diluye la posibilidad de seguir defendiendo la institucionalidad de dicho órgano, pues su representación pluralista desde que fue reconfirmada con la Constitución de 1993, alejó por mucho tiempo la injerencia del poder político en la designación de jueces y fiscales.

2.2. Objetivo específico

- Determinar si el control disciplinario afecta la independencia judicial subjetiva cuando soslayando el criterio del juez lo obliga a la aplicación del precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional.

3. *Justificación de la investigación*

Ciertamente, una cosa es: Primer supuesto: Que el juez resuelva sin mencionar siquiera la jurisprudencia vinculante (evidente desconocimiento o intencional omisión) y otra: Segundo supuesto: Que el juez se aparte motivadamente del criterio del Tribunal Constitucional (por discordia; no por *distinguishing*, cuando el supuesto que se resuelve es distinto al resuelto por el Tribunal).

Es verdad que la casuística, hasta ahora citada, de la Oficina de Control de la Magistratura, relativa a los casos de inaplicación de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, está referida a la actuación de jueces que simple y llanamente han resuelto omitiendo toda mención a la jurisprudencia vinculante aplicable; vale decir, no son casos de inaplicación motivada de dicha jurisprudencia, sino de silencio absoluto que evidencia favorecimiento o falta de idoneidad, justificándose en ambos casos el accionar del órgano de control. Lo que indica este panorama es que los casos de inaplicación (silencio) estarían relacionados a actos de favorecimiento o grosero desconocimiento, por lo que jueces probos e idóneos difícilmente incurrirán en semejante infracción.

Por eso nuestra tesis apunta al segundo supuesto, cuando un juez decide motivadamente apartarse del criterio del Tribunal Constitucional expresado en su jurisprudencia vinculante. Lo que interesa saber es qué hace un juez probo e idóneo, cuando en el ejercicio de su función encuentra que el criterio

adoptado en la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional no se ajusta a su criterio personal.

Un buen ejemplo son los casos de ratificación de magistrados, porque en un comienzo el Tribunal Constitucional sostuvo en reiterada jurisprudencia que la ratificación era sólo y nada más que un voto de confianza que no necesitaba de motivación alguna. Así se puede ver en las sentencias 1941-2002-AA/TC del 27 de Enero del 2003 (caso Almenara Bryson), 2803-2002-AA/TC del 27 de Enero del 2003 (caso Torres Suárez), 0321-2004-AA/TC del 2 de Julio del 2004 (caso Celis Zapata), 1923-2003-AA/TC del 2 de Agosto del 2004 (caso Encinas Llanos), 1524-2004-AA/TC del 10 de Agosto del 2004 (caso Peña Tavera) y 1855-2004-AA/TC del 15 de Diciembre del 2004 (caso Céspedes García), no siendo hasta la sentencia 3361-2004-AA/TC del 12 de Agosto del 2005 (caso Álvarez Guillén) que se estableció como parámetro vinculante que las decisiones de evaluación y ratificación de jueces debían ser debidamente motivadas.

En esencia, el Tribunal Constitucional sustentó su inicial criterio en el sentido que con la Carta Magna de 1993 se constitucionalizó la no motivación de las ratificaciones judiciales, para diferenciarlas de la destitución como medida disciplinaria; y luego justificó el cambio de criterio so pretexto de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (1 de Diciembre del 2004), que ahora señalaba claramente que no procedía proceso constitucional contra las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación, siempre que tales resoluciones hayan sido motivadas.

Sin embargo, como es verdad, la Constitución de 1993 incluyó como principio de la función jurisdiccional la motivación de las resoluciones judiciales, que finalmente es una garantía aplicable a todo procedimiento, por lo que el “proceso” de ratificación siempre debió sujetarse al debido proceso, que incluye por cierto el deber de motivación; de lo que dejó constancia en voto singular la miembro del Tribunal Constitucional

REVOREDO MARSANO en las sentencias 1923-2003-AA/TC, 1524-2004-AA/TC y 1855-2004-AA/TC.

Este es pues un buen ejemplo para preguntarnos si los jueces deben estar “atados” bajo responsabilidad disciplinaria a los criterios que impone el Tribunal Constitucional. Sin desmerecer los argumentos de las decisiones del Tribunal Constitucional ni la idoneidad de sus miembros, como tampoco las bondades de la predictibilidad que se persigue con la jurisprudencia vinculante, no es menos importante garantizar la independencia del juez, para que motivadamente pueda apartarse del criterio adoptado por el Tribunal Constitucional. En el ejemplo de las ratificaciones, sería sin duda discutible que se cuestionara la probidad e idoneidad de un juez que, apartándose del primer criterio imperante del Tribunal Constitucional, ordenara la reincorporación del no ratificado por falta de motivación de la decisión.

Por eso, el enfoque de nuestra tesis no pasa por analizar la argumentación de las decisiones del Tribunal Constitucional, sino desde una nueva concepción de la división de poderes, busca garantizar la permanencia en el cargo de jueces probos e idóneos, cuando se apartan motivadamente de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, ya que ponderando las variables involucradas, antes que la decisión de jueces elegidos políticamente (los miembros del Tribunal Constitucional) debe preferirse la de los jueces ordinarios nombrados previo concurso riguroso de méritos.

Además, hay otra razón, quizás más importante, pues mientras que el deber de los jueces de adecuarse a la interpretación que de las leyes y reglamentos hace el Tribunal Constitucional, es una imposición prevista en la Ley 28301 (1ª Disposición Final) –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por encima de dicha disposición está la Constitución (Art. 139.2 y 146.1) que garantiza la independencia del juez en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Entonces, la presente investigación ha sido diseñada para defender la independencia del juez, reconocida constitucionalmente, frente a la imposición legal de que aplique sin más los precedentes y/o jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, bajo amenaza de incurrir en responsabilidad disciplinaria.

4. Delimitación

Tiempo: La investigación abarca el análisis de 18 resoluciones de la OCMA (Oficina de Control de la Magistratura), ODECMA (Oficinas Desconcentradas de Control de la Magistratura) y del CNM (Consejo Nacional de la Magistratura) ¹³, emitidas entre los años 2007 y 2014, por las que se sanciona y/o se propone destitución, por inaplicación de los precedentes y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional.

Espacio geográfico: La carga procesal de expedientes en trámite y ejecución era de 2'578,945 hasta Diciembre del 2011 a nivel nacional, de donde 699,841 corresponden al Distrito Judicial de Lima, esto es, más del 27% del total. Durante la ceremonia del inicio del año judicial en el 2014, el Presidente de la Corte Superior de Lima resaltó que ésta reunía la quinta parte del personal del Poder Judicial, pero afronta más de la tercera parte de la carga procesal a nivel nacional. Por otro lado, del total de 2, 912 jueces distribuidos en todo el país, la mayor cantidad la concentra el Distrito Judicial de Lima, con 435 (15%)¹⁴.

¹³ Investigación 37-2007 (Resolución del 07-06-2007)	Res. 076-2008-PCNM (19-06-2008)
Inv. 077-2007 OCMA (Resolución del 30-04-2008)	Res. 089-2010-PCNM (25-02-2010)
Inv. 247-2006 Lima Norte (Resolución del 10-01-2008)	Res. 11-2011-PCNMy 476-2012-PCNM
Inv. 0086-2007 San Martín (Resolución del 10-06-2008)	
Inv. 144-2007 San Martín (Resolución del 29-09-2009)	Res. 589-2011-PCNM (07-10-2011)
Queja Odecma 1054-2009 Ancash (Res. del 23-11-2009)	Res. 108-2011-PCNM (14-02-2011)
Investigación 0008-2008 Del Santa (Resolución 13-11-2009)	
Queja 758-2011 Odecma Lima (Resolución 25-06-2012)	Res. 649-2011 OCMA (26-10-2012)
Queja 759-2011 Odecma Lima (Resolución 25-06-2012)	Res. 632-2011 OCMA (09-11-2012)
Queja 2893-2011 Odecma Lima (Resolución 30-01-2014)	

¹⁴ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, *La justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Documento Preliminar 2014 -2015*, Gaceta Jurídica, 1ª Edición, Lima -Noviembre del 2015, p. 6.

Desde el punto de vista cualitativo, la presente investigación se circunscribe a la justicia constitucional, pues esencialmente ahí es donde el Tribunal Constitucional dicta en última instancia la decisión final. Y es también en la Corte Superior de Lima donde se ubica el 77% de los Juzgados Constitucionales especializados en dicha materia (10 en Lima, 1 en Arequipa, 1 en Ayacucho y 1 en Cusco), pues en otros distritos judiciales, los procesos constitucionales los tramitan los juzgados civiles o mixtos. Por eso, desde el punto de vista geográfico la investigación se focaliza en la ciudad de Lima, donde se encuentra la Corte Superior del mismo nombre.

Sujetos: De otro lado, para analizar socio jurídicamente la independencia subjetiva de los jueces, es imprescindible evaluar su opinión; específicamente, la de los jueces constitucionales del Distrito Judicial de Lima, donde no sólo se concentra la mayor carga procesal, sino que por la misma razón es donde desempeñan funciones mayor número de Magistrados.

5. Hipótesis, variables e indicadores

Hipótesis general

“El control disciplinario afecta el principio de independencia judicial cuando se obliga al juez a aplicar el precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional”.

Hipótesis específica

“El control disciplinario afecta la independencia judicial subjetiva porque soslayando el criterio del juez lo obliga a la aplicación del precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional”.

V(x1) : Control disciplinario

Indicador: Resoluciones de la OCMA, ODECMA y del CNM por las que se abre proceso disciplinario por inaplicación de jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional.

V(x2) : Obligación de aplicar precedente vinculante

Indicador: Sanciones de la OCMA y del CNM por inaplicación de precedente vinculante del Tribunal Constitucional.

V(x3) : Obligación de aplicar jurisprudencia vinculante

Indicador: Sanciones de la OCMA y del CNM por inaplicación de jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional.

V(y1) : Afectación a la independencia judicial subjetiva

Indicador: Opinión de los jueces constitucionales de la Corte Superior de Lima.

V(y2) : Soslayo del criterio judicial

Indicador: Opinión de los jueces constitucionales de la Corte Superior de Lima.

Nota: Es oportuno señalar que si bien por Ley 30943 (publicada el 8 de Mayo del 2019) se creó la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial, hasta que sus titulares cubran sus plazas, permanecerán en funciones la OCMA y las ODECMA.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO TEÓRICO

SUBCAPÍTULO I

ESTADO Y DIVISIÓN DE PODERES

6. *Poder y Autoridad*

Podrían escribirse cientos de tesis acerca del poder. De hecho podemos referirnos al: *i)* poder económico, donde el dominio se sustenta en el manejo y control de los bienes y servicios, de los factores de producción y del comercio, como en el caso de la estadounidense *Estándar Oil*, que dominó el mercado del petróleo entre 1870 y 1911, generando la quiebra de las empresas pequeñas y medianas del sector; *ii)* poder sagrado o religioso, basado en la existencia de una divinidad, de modo que el poderoso se erige como un ser superior ligado a los dioses, como sucedió en el Antiguo Egipto con el Faraón, que era considerado la forma del dios Horus en la tierra; o, como en el caso de la monarquía absoluta, cuando se consideraba que el rey recibía su poder del mismísimo Dios; *iii)* poder familiar, como aquel que en Roma ejercía el padre, pudiendo vender a sus hijos de legítimo matrimonio (Ley de las XII Tablas –Tabla 4ta.), *iv)* poder tecnológico, que permitió a los EEUU desarrollar y detonar las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki (1945); o al *v)* poder militar, que fue el que permitió a Otto von Bismarck llevar a cabo la unificación del Imperio Alemán (1871).

Como la presente tesis tiene que ver sustancialmente con la independencia de los jueces, que nos obliga a detenernos en la división de poderes (pues de hecho aquellos pertenecen al denominado Poder Judicial), entonces nos

circunscribiremos al ejercicio del poder institucionalizado cuya titularidad recae en el Estado, pues de éste el juez es una autoridad. En otras palabras, el poder que nos interesa comprender es el denominado poder público, entendido como “aquel que se ejerce por parte de los gobernantes, ya sea de facto o ya sea con base en una normatividad jurídica preestablecida, sobre un conglomerado”¹⁵, que en términos similares es definido como el poder político, que en la sociedad estatal “aparece como el ejercicio de un efectivo control social de los detentadores del poder sobre los destinatarios del poder”¹⁶.

Este tipo de poder tiene sus primeras manifestaciones cuando en el clan o la horda tenían que resolverse problemas inmediatos, en cuyo caso el poder tuvo un origen espontáneo; pero no faltó mucho tiempo para que después este poder fuera codiciado, de modo que se obtenía por la fuerza, por lo que se sucedieron invasiones y conquistas. Otra forma de origen del poder es por herencia, como sucedió en las monarquías absolutas y finalmente tenemos el origen del poder por elecciones, que es la forma moderna y democrática en la que el que aspira al poder tiene que recibir el mandato de sus electores mediante sufragio.

Dentro del marco del poder público se distinguen como sus elementos: la dominación y la competencia. En virtud del primero existe la capacidad material para que los gobernantes hagan cumplir sus disposiciones a los gobernados, mientras que por la competencia se reconoce al gobernante la aptitud para tomar decisiones y conducir al conglomerado, de modo que cuando prima el elemento competencia estamos ante un poder de derecho, mientras que si predomina la dominación estamos frente a un poder de hecho, por lo que para la existencia del Estado es además necesario el consentimiento de los gobernados al poder, para que éste pueda estar legitimado¹⁷.

¹⁵ NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, 9ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2003, p. 120.

¹⁶ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Editorial ARIAL, 2ª Edición, Barcelona, Marzo de 1976, p. 27.

¹⁷ NARANJO MESA, Vladimiro, Op. Cit. p. 120-122.

Pero el Estado es finalmente una abstracción, que materializa el ejercicio del poder a través de la autoridad, o mejor dicho a través de funcionarios que ejercen autoridad, como pueden ser los parlamentarios, la policía, los jueces, los alcaldes, etc. Luego, es necesario distinguir entre la autoridad personal y la autoridad de la función, pues mientras la primera tiene que ver con las características de una persona (sus conocimientos, su experiencia, su carácter), la segunda está ligada al cargo y se basa en el derecho. “Quien tiene autoridad de la función puede ejercer el poder del Estado; sus decisiones oficiales son ejecutadas, si es necesario, por la policía y los oficiales de justicia”¹⁸.

En ese orden de ideas, los jueces tienen la autoridad de la función (impartir justicia) dentro de un grupo jerarquizado que conforma el Poder Judicial. De hecho, abundan las opiniones dentro de la ciencia del derecho constitucional, que sostienen “que los jueces son también, dentro de la estructura gubernativa, *detentadores del poder*”¹⁹.

Sin embargo, en “el Estado moderno, constitucional y democrático, la esencia del proceso del poder consiste en el intento de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que se encuentran compitiendo dentro de la sociedad estatal”²⁰; en el caso del juez, si bien ejerce poder como autoridad, sus decisiones están limitadas por los alcances de la norma constitucional y la ley, al margen de su responsabilidad disciplinaria regulada en la Ley 29277 –Ley de la Carrera Judicial, en concordancia con el Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura aprobado por Resolución Administrativa 243-2015-CE-PJ.

¹⁸ KRIELE, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado, Fundamentos Históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 19.

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. y Walter F. CARNOTA, *Derecho Constitucional Comparado*, Tomo II, 1ª Reimpresión, EDIAR, Buenos Aires, 2005, p. 77.

²⁰ LOEWENSTEIN, Karl, Op. Cit., p. 27.

7. Origen del Estado

Se han elaborado múltiples teorías para explicar el origen, desarrollo y consolidación del Estado como modelo de convivencia. ZIPPELIUS clasifica estas teorías en:

- a) Teoría patriarcal: Aquella que sostiene que las asociaciones de dominación surgieron históricamente de las familias y agrupaciones de éstas, aunque sin reducirlo estrictamente al parentesco consanguíneo. “Si bien los clanes tienen un núcleo de cristalización en los miembros consanguíneos de una familia, se encuentran, a la vez, en un proceso de fisión y fusión, en una relación de intercambio hacia el exterior, por la que se desprenden algunos de sus individuos y se incorpora a extraños”²¹. Los clanes se agrupan según la época en comunidades sedentarias o nómadas, conformando posteriormente las tribus, que a su vez y con el paso del tiempo serán los antecedentes de los pueblos o naciones.
- b) Teoría de la génesis contractual: Explica el origen o nacimiento del Estado en la existencia de un “acuerdo” por el cual el pueblo se somete, pero está legitimado a desobedecer al gobernante si éste no respeta dicho acuerdo. “Como ejemplo histórico de la dominación fundada en un contrato, tenemos la alianza que David estableció con las tribus de Israel en Hebrón, antes de ser ungido rey (2 Samuel 5,3)”²².
- c) Teoría Patrimonial: Para esta teoría la propiedad que ejerce el soberano sobre la tierra explica el poder de dominación. Esta teoría “encuentra su modelo en el sistema feudal, en el que el rey posee la nuda propiedad del suelo y, mediante el feudo, vincula a sí a los vasallos y subvasallos,

²¹ ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado, Ciencia de la Política*, Traducido del alemán por Héctor Fix –Fierro, 2ª Edición, México D.F., 1989, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 102.

²² ZIPPELIUS, Reinhold, Op. Cit., p. 103.

mientras que los siervos sólo pueden considerarse como accesorios a la tierra”²³.

8. Tesis sobre la división de poderes

Para LOWENSTEIN “el Estado constitucional moderno se basa en el principio de la distribución del poder, en la cooperación inter órganos y en la correcta interrelación y control de los órganos estatales. Una vez que el poder se encuentra adecuadamente distribuido, el ejercicio del poder político está necesariamente controlado”²⁴ (LOWENSTEIN citado por BERNALES BALLESTEROS).

El Estado no es un organismo inmóvil o estático, sino que desarrolla una serie de actividades, para satisfacer las expectativas, necesidades e intereses de la colectividad; por eso, distribuye o asigna tales actividades a distintos funcionarios; en el caso peruano: los parlamentarios tienen por función esencial legislar, los jueces imparten justicia, el Presidente de la República hacer cumplir las leyes que dan los primeros y las decisiones que dictan los segundos, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura seleccionaban y nombraban nuevos jueces (ahora lo serán los miembros de la Junta Nacional de Justicia), los fiscales defienden la legalidad, el Defensor del Pueblo protege los derechos constitucionales y fundamentales, y así podemos seguir con los alcaldes, los Presidentes de Región, miembros del Jurado Nacional de Elecciones, los integrantes del Tribunal Constitucional, etc. Pero sólo los tres primeros personifican lo que han venido a denominarse los Poderes del Estado: Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo, respectivamente.

²³ ZIPPELIUS, Reinhold,, Op. Cit., p. 104.

²⁴ BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993, Análisis Comparado*, Editora RAO, 5ª Edición, Lima, Septiembre de 1999, p. 422.

¿Por qué han de ser sólo estos tres (Legislativo, Judicial y Ejecutivo), los poderes del Estado? Podrían ser sólo dos, si excluimos a los jueces, que en buena parte de la historia eran designados por el gobernante. Hasta la vigencia de la Constitución de 1979 en el Perú era el Presidente quien nombraba a los Magistrados a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura. Podrían ser cuatro los poderes del Estado, si reconocemos al Jurado Nacional de Elecciones como Poder Electoral, en la necesidad de otorgarle la “jerarquía” acorde a su importante función, pues al encargarse de los sufragios, se evitaría que quienes personifican los otros poderes puedan someter a dicho organismo.

Estas y otras preguntas relativas a la división de poderes del Estado han inquietado a los pensadores, en busca de un modelo que garantice la organización ideal del aparato estatal, su eficiencia y principalmente el equilibrio que impida el ejercicio abusivo del poder. “La división de poderes se puso en funcionamiento radicalmente a partir de la Constitución norteamericana de 1787, pero históricamente la habían defendido, entre otros, Aristóteles, Cicerón, Polibio y Locke”²⁵.

En el caso de ARISTÓTELES, más de 300 años a.C., sostuvo en su obra *La Política*, que “En todo Estado hay tres partes de cuyos intereses debe el legislador, si es entendido, ocuparse ante todo, arreglándolos debidamente. Una vez bien organizadas estas tres partes, el Estado todo resultará bien organizado; y los Estados no pueden realmente diferenciarse sino en razón de la organización diferente de estos tres elementos. El primero de estos tres elementos es la asamblea general, que delibera sobre los negocios públicos; el segundo, el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de nombramiento es preciso fijar; y el tercero, el cuerpo judicial” (Libro VI Cap. XI).

ZIPPELIUS sostiene que en las *Leyes* de PLATÓN e *Historias* de POLIBIO se propone “una forma mixta de gobierno, con la cual asociaban la idea de

²⁵ ROJAS, Ricardo Manuel, *Análisis económico e institucional del orden jurídico*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 244.

dividir el supremo poder estatal, para así limitarlo”²⁶, mientras que CICERÓN en *De la República* “daba preeminencia a una forma de Estado proporcionada y moderada, a favor de la libertad de los pueblos y la estabilidad del Estado”²⁷.

Posteriormente, de manera más sistematizada y conjugando lo jurídico con lo político, JHON LOCKE (1632 -1704) también esbozó su tesis sobre la separación de poderes. Para entonces ya habían visto la luz *El Discurso del Método* (1637) de RENÉ DESCARTES y *Leviatán* (1651) de THOMAS HOBBS; antes, en 1543 se publicó *De Revolutionibus Orbium Coelestium*, donde NICOLÁS COPÉRNICO desarrolla la Teoría Heliocéntrica como modelo astronómico (formulado antes por ARISTARCO DE SAMOS), respaldado con los descubrimientos de GALILEO GALILEI y JOHANNES KEPLER, sin dejar de lado la Ley de Gravitación Universal formulada (1687) por ISAAC NEWTON. “Así como NEWTON, partiendo de las leyes de GALILEO, deduce las leyes del movimiento de los astros como resultantes del impulso centrífugo y de la acción centrípeta de las masas, así también el mecanicismo de HOBBS deduce el Estado como el resultado del ansia de poder, de carácter centrípeta, y del miedo recíproco, de carácter centrífugo”²⁸.

De esta manera, los “vínculos entre el pensamiento científico y el pensamiento político resultan evidentes en Hobbes, para quien la política forma parte de una mecánica general. Son igualmente evidentes en Spinoza, así como en Locke, cuya filosofía fue considerada como una empresa comparable con la física de Newton”²⁹.

Desde el punto de vista socio –político, Inglaterra vio desencadenar en 1688 la denominada “Revolución Gloriosa”, que terminó con el derrocamiento de

²⁶ ZIPPELIUS, Reinhold, Op. Cit., p. 291.

²⁷ ZIPPELIUS, Reinhold, Op. Cit., p. 291.

²⁸ WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho*, Editorial B de F, Julio César Faira –Editor, Buenos Aires, Agosto del 2005, p. 156.

²⁹ TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, 6ª Edición 2006, Reimpresión 2010, Madrid, p. 252.

Jacobo II y la sucesión de Guillermo de Orange, a quien el Parlamento Inglés le impuso la aprobación de la *Bill of Rights* (1689).

En el caso de JHON LOCKE, publica en 1690 sus Tratados sobre el Gobierno Civil. “Esta obra, cuyo objeto fundamental era el de demostrar cómo la autonomía del rey, o de cualquier gobernante, debía fundarse en el *consentimiento* de sus súbditos, no sólo sirvió de fundamento ideológico al parlamentarismo inglés del siglo XVIII, sino también, en gran medida, como fuente de inspiración –a través de MOSTESQUIEU y los enciclopedistas -, a la Revolución francesa y a la Revolución americana”³⁰.

El Segundo Tratado fue redactado con la finalidad de fundamentar la revolución inglesa de 1688 que consagró el triunfo del Parlamento sobre la Monarquía, evidenciando así el autor su preocupación por “un equilibrio político y económico más amenazado por la tiranía que por la desigualdad. Si la primera supone una clarísima suspensión de los derechos naturales, la segunda no niega ni el derecho a la posesión ni la igualdad jurídica, y por tanto no viola ninguna de las bases del pacto”³¹ (PABLO LÓPEZ ÁLVAREZ: Introducción a la edición de la Editorial Biblioteca Nueva, del Segundo Tratado de LOCKE).

En lo que concierne a la división de poderes, dice LOCKE sobre el poder legislativo que suele estar en manos de un grupo de personas, con “el poder de hacer leyes, y una vez promulgadas éstas, se separan los legisladores estando ellos mismos sujetos a ellas”³² y como existe la necesidad de vigilar la ejecución de las leyes en tanto están vigentes, de este dinamismo surge el poder ejecutivo, separado del legislativo, mientras que a lo que denomina poder federativo, le corresponde “el derecho de la guerra y de la paz, el de

³⁰ NARANJO MESA, Vladimiro, Op. Cit. p. 210.

³¹ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno, Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Edición de Pablo López Álvarez, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 28.

³² LOCKE, John, Op. Cit., p. 133-134.

constituir ligas y alianzas, y el de llevar adelante todas las negociaciones que sea preciso realizar con las personas y las comunidades políticas ajenas”³³.

En resumen, LOCKE propone la división entre el poder legislativo, el ejecutivo y el federativo. El legislativo (puesto en mano un grupo de personas) sería el llamado a señalar mediante las leyes, cómo debe emplearse la fuerza de la comunidad y la de sus miembros, mientras que el poder ejecutivo el encargado de que dichas leyes se ejecuten o lo que es lo mismo, que se sean cumplidas por la comunidad. Por otro lado, el poder federativo sería el encargado de la seguridad de la población con relación al exterior, es decir, lo relativo a las decisiones sobre la guerra y la paz, establecer alianzas, así como realizar las negociaciones que las circunstancias exijan. Bajo esos parámetros el llamado poder federativo, de la manera cómo fue concebido por LOCKE, no sería en estricto un verdadero poder.

La construcción de LOCKE tiene como norte o justificación la limitación del poder, ya que concentrarlo “tampoco es conveniente, pues sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana, que tiene tendencia de aferrarse al poder; confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas”³⁴. El objetivo no será diferente en *Del Espíritu de las Leyes*, pues el poder debe ser limitado por el propio poder, como lo sostiene su autor, pero la relevancia que alcanza MONTESQUIEU en esta obra fue porque en lugar de la triada: poder legislativo, ejecutivo y federativo que propuso LOCKE, propone la diferenciación entre el poder ejecutivo, el legislativo y lo que llama poder judicial “¿Cuál es el recurso constitucional que permite la realización del principio, que prescribe que es necesario que el poder frene al poder? La respuesta de Montesquieu, quien tiene en mente la constitución inglesa (no olvidemos que era la constitución que tenía entre sus inspiradores a Locke),

³³ LOCKE, John, Op. Cit., p. 133-134.

³⁴ LOCKE, John, Op. Cit., p. 133.

es tajante: el control recíproco de los poderes es la distribución de las tres funciones del Estado en órganos diferentes”³⁵.

MONTESQUIEU está considerado junto con VOLTAIRE y JEAN JACQUES ROUSSEAU como los representantes más resaltantes y visibles de lo que se vino en denominar la ILUSTRACIÓN, que en palabras de KANT significó “la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad”, en evidente alusión a la importancia que se le otorgó a la razón, en contraposición a la tradición y el dogma que en su conjunto habían dominado el pensamiento de la época, de modo tal que esta nueva concepción se caracterizó por el lema *Sapere Aude* (“Atrévete a saber”).

MONTESQUIEU frisaba los 26 años, cuando culminaba el reinado de LUIS XIV, perteneciente a la Casa de Borbón, conocido como el Rey Sol³⁶, en cuyo reinado se condujo a Francia a varias guerras como la denominada Guerra de Devolución, emprendida con la intención de conquistar los Países Bajos españoles; como también la llamada Guerra de la Gran Alianza (o de los Nueve Años), que enfrentó a varios países europeos contra Francia – desde 1688 hasta 1697 –frenando el afán expansionista de LUIS XIV; siendo destacada también la denominada Guerra de Sucesión Española (1702 - 1714), por la que se consiguió que el trono español fuera ocupado por la Casa de Borbón, en la persona de FELIPE V.

En el plano social, LUIS XIV no pudo poner fin a las tensiones existentes entre la élite gobernante y una sociedad estamental, basada en privilegios hereditarios, a lo que se sumaba el malestar social como consecuencia de la hambruna que padecía el pueblo. Lo sucede LUIS XV, quien asume el trono en 1715, de modo que será su reinado aquél bajo cuyo contexto MONTESQUIEU desarrollará todo su pensamiento, desde que publica en 1716 “Ensayo sobre la política religiosa de los romanos”, seguida de “Cartas Persas” (1721). Las guerras también estallaron durante el reinado de LUIS

³⁵ BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, 2ª Edición, 5ª Reimpresión, México D.F., 2007, p. 136.

³⁶ La Corte del Rey Sol era entendida como un cosmos, donde el Rey simbolizaba al astro sol, que ocupaba una posición central.

XV, destacando en importancia las llamadas Guerra de Sucesión Polaca (1733 -1735), Guerra de Sucesión Austriaca (1740 -1748) y la Guerra de los Siete Años (1756 -1763), culminando ésta última con la firma del Tratado de París (1763), que significó para Francia la pérdida de sus posesiones en Canadá.

El RACIONALISMO resaltó la importancia de la razón en la adquisición del conocimiento, mientras que el EMPIRISMO sostuvo que el conocimiento se basa y tiene su origen en la experiencia (de ahí que toda verdad debe ser puesta prueba). Ambas corrientes y el contexto socio político influyeron en MONTESQUIEU cuando escribió *Del Espíritu de las Leyes*, donde sus planteamientos parten de los hechos, al igual que de la comparación histórica, para luego extraer lo que vendrá en denominar las leyes naturales, como anteriores y preexistentes a las leyes de la religión, de la moral y a las leyes positivas redactadas por el hombre.

Del Espíritu de las Leyes, en palabras del propio autor, fue el fruto de veinte años de trabajo, lo que explica por un lado la meticulosa sustentación de sus afirmaciones, apoyado en innumerables datos históricos, y por otro la frondosidad de la obra. No son pocos los que sostienen que en esta obra MONTESQUIEU dejó ver gran parte de lo que había sido el fruto de sus múltiples viajes que hizo alrededor de Europa entre 1728 y 1731, de los que permaneció en Inglaterra por dos años.

Sobre la división de poderes, en esta obra MONTESQUIEU sostuvo: “Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil. Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre

particulares. Llamaremos a éste poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado”³⁷.

De esta manera, pretende diferenciar entre el responsable de dar las leyes, el llamado a ejecutarlas y el que debe garantizar su cumplimiento, siendo evidente que lo ideal es que éstas funciones no recaigan sobre la misma persona, pues sería propio del gobierno despótico. Para MONTESQUIEU esta forma de división de poderes garantiza la libertad política, pues si el poder legislativo y ejecutivo están reunidos en la misma persona entonces no hay libertad, porque se corre el peligro que se hagan leyes tiránicas para ejecutarlas de la misma forma; y si por otro lado el poder judicial no está separado del ejecutivo, entonces el juez gozaría de la misma fuerza que un agresor.

Así surge “la famosa teoría de la separación de poderes que, sin lugar a dudas, de todas las teorías del autor de *Del espíritu de las leyes*, es la que ha tenido mayor éxito, a tal grado que las primeras constituciones escritas, la norteamericana de 1776 y la francesa de 1791, se consideran una aplicación de ella”³⁸. A diferencia de HOBBS, para quien el poder no puede ser dividido, a riesgo de ser destruido (“dividir el poder de un Estado no es otra cosa que disolverlo, porque los poderes divididos se destruyen mutuamente uno a otro”³⁹), para MONTESQUIEU el problema consiste en resolver cómo el poder debe ser limitado por el mismo poder; de modo tal que para éste “el mejor límite del poder son otro u otros poderes del Estado. De allí, nace la doctrina de los frenos y contrapesos que los norteamericanos han aplicado sabiamente a su sistema constitucional”⁴⁰.

Así pues, la separación de poderes importa por un lado la coexistencia de tres poderes y por otro, la interrelación de éstos; la teoría sobre el particular

³⁷ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Libro XI Cap. VI, Biblioteca de los grandes pensadores, Barcelona 2002. p. 107.

³⁸ BOBBIO, Norberto, Op. Cit., 134-135.

³⁹ HOBBS, Thomas, *Leviatán, O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, 2ª Edición en español 1980, 14ª reimpresión 2006, México D.F., p. 267.

⁴⁰ CHIRINOS SOTO, Enrique, *Constitución de 1993, Lectura y Comentario*, 3ª Edición, corregida y aumentada, Editora Piedul, S.R.L., Lima, 1996, p. 242.

“ha sido perfeccionada por el constitucionalismo contemporáneo, al establecerse mecanismos de interrelación y cooperación entre los órganos del Estado, sin afectar su independencia. Los poderes separados se convierten en órganos de referencia, caracterizados por funciones especialmente adscritas: hacer las leyes, aplicarlas y resolver los conflictos provocados por dicha aplicación. Estas funciones corresponden, sucesivamente, a los órganos legislativo, ejecutivo y jurisdiccional”⁴¹.

Aun cuando prefiramos hablar de división de funciones, la teoría de la división de poderes es el planteamiento que recogen las Constituciones modernas. En líneas generales, “La doctrina de la separación de poderes tiende a dividir el poder del Estado en diversos órganos recíprocamente independientes y balanceados. El constitucionalismo moderno ha adoptado, en general, la división de poderes expuesta por Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes*: el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial”⁴².

9. Crítica a la teoría clásica de Montesquieu

La teoría de Montesquieu sobre la separación o división de poderes ha sido criticada porque no repara en que el poder, que su vez está relacionado con la soberanía de un Estado, no puede ser dividido. “En efecto, hoy la doctrina concuerda en que siendo el poder la expresión de la soberanía, éste no puede dividirse. Lo que pasa es que las funciones del Estado, para evitar su concentración en una sola mano, son distribuidas en diversos e independientes detentadores del poder. No existe pues una división de poderes, *strictu sensu*, sino un reparto de atribuciones en varios órganos que expresan la voluntad estatal”⁴³.

⁴¹ BERNALES BALLESTEROS, Op. Cit., p. 421.

⁴² CATENACCI, Imerio Jorge, *Introducción al Derecho*, 1ª Edición, 1ª Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 363 -364.

⁴³ HENRIQUEZ FRANCO, Humberto, *Derecho Constitucional*, Editora Fecat E.I.R.L., p. 296.

En otras palabras, si partimos de que el poder es uno solo, como una e indivisible es la soberanía del Estado, no parece tener sustento la tesis de la separación de poderes –en los términos formulados por MONTESQUIEU – en defensa de que el poder debe limitar al poder. “El poder es, pues, uno e indivisible como una e indivisible es la soberanía del Estado. En consecuencia, la mal llamada división de poderes, que aún se mantiene en los diversos ordenamientos constitucionales, no es más que una ficción, que se repite como una tradición del constitucionalismo clásico, sin ninguna significación práctica”⁴⁴. Entonces ¿cómo defender una división si el Estado es una unidad? En el caso peruano, el segundo párrafo del Art. 43° de la Constitución consagra que “El Estado es uno e indivisible”.

GARCÍA MAYNEZ plantea el problema así: “Hemos dicho que el Estado constituye una unidad; de aquí deriva, como consecuencia necesaria, el principio de la indivisibilidad de su poder. El principio de la indivisibilidad aplícase tanto a los Estados soberanos como a los no soberanos. La soberanía, atributo esencial de los Estados del primer tipo, no es susceptible de aumento ni de disminución. No hay soberanía limitada, compartida o dividida. Varios Estados soberanos pueden coexistir uno al lado del otro, pero nunca como titulares del mismo poder. Al principio de la indivisibilidad parece oponerse la doctrina de la división de poderes. El filósofo inglés Hobbes sostuvo ya con gran énfasis, en el siglo XVII, la tesis de que la divisibilidad del poder político conduce a la disolución del Estado. A este punto de vista se opone la famosa doctrina de Montesquieu, según la cual en el Estado debe haber tres poderes, independientes e iguales entre sí, que se equilibran recíprocamente”⁴⁵.

Agrega GARCÍA MAYNEZ: “En principio, a cada uno de los poderes corresponde una función propia: la legislativa al Congreso, la jurisdiccional a los jueces y tribunales, la administrativa al poder ejecutivo. Pero la distinción no es absoluta, ya que los diversos poderes no ejercen exclusivamente la

⁴⁴ HENRIQUEZ FRANCO, Humberto, Op. Cit., p. 296.

⁴⁵ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 59ª Reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 105-106.

función que se le atribuye. Este hecho ha dado origen a la distinción entre funciones formales y funciones materiales”⁴⁶.

En otras palabras, no puede sostenerse de manera tajante y absoluta que estos denominados poderes del Estado son por decirlo de alguna manera compartimientos aislados y absolutamente autónomos, unos con otros; “en la división de poderes el término corresponde al contenido, pues propiamente no es tal, sino una distribución de facultades de los órganos jerarquizados del Estado”⁴⁷ (DROMI, citado por BERNALES BALLESTEROS).

Entonces, no es válido sostener la vigencia de la teoría de la división de “poderes”, tanto más si –a veces –las funciones propias del poder legislativo, ejecutivo y judicial, son indistintamente cumplidas y no necesariamente por el poder llamado a cumplir esencialmente con la función específica. En el caso peruano, el Poder Ejecutivo puede legislar mediante decretos legislativos; y el Poder Legislativo tiene facultad de investigación en las denominadas Comisiones Fiscalizadoras; un congresista puede ser designado Ministro, etcétera.

Por otro lado, nuestra Constitución ha reservado el título de “Poder” sólo para el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Pero, cabe preguntarnos si es posible hablar de un verdadero “Poder” si éste está limitado. Por ejemplo, un Ministro puede ser interpelado por el Congreso y éste puede proclamar voto de censura o rechazar la cuestión de confianza. El Presidente de la República puede disolver el Congreso –bajo ciertas condiciones -, pero el Presidente puede ser vacado por permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso. El Congreso dicta leyes, pero éstas pueden ser declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. ¿Por qué no podría calificar para “Poder” el Tribunal Constitucional?

⁴⁶ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Op. Cit., p. 107.

⁴⁷ BERNALES BALLESTEROS, Enrique, Op. Cit., p. 421.

En el caso del Poder Judicial, le está garantizada la autonomía y dentro de este contexto se alude, entre otros conceptos, a la cosa juzgada. Pero por mencionar un solo ejemplo de la realidad peruana, en el denominado caso de los tragamonedas (Exp. 0006-2006-PC/TC), el Tribunal Constitucional llegó a declarar nulas resoluciones judiciales de varios Juzgados, que habían sido inclusive confirmadas en Sala Superior. ¿Cómo es que no siendo –“en el papel” –el Tribunal un Poder, puede limitar y delimitar las funciones de otro que sí lo es, como el Poder Judicial? En los hechos esto sucede y si no olvidamos que los miembros del Tribunal son designados por el Congreso, ¿no es válido cuestionar si de verdad existe una “división de poderes”?

Si nos vamos al aspecto político, en el denominado “autogolpe” de Abril de 1992, promovido por el Ingeniero Fujimori, que vendría a ser en este caso el representante del Poder Ejecutivo, no le costó mucho “disolver” no sólo el Congreso, sino “cerrar” literalmente el emblemático Palacio de Justicia, defenestrándose a Jueces y Fiscales, sin motivación alguna (causal que luego les permitió a muchos reincorporarse vía procesos de amparo). Entonces, en el terreno de los hechos, ¿Qué “Poder” sería éste Judicial que puede ser intervenido de esta manera? Vale recordar que tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público fueron puestos bajo la dirección de las denominadas “Comisiones Ejecutivas”, que eran dirigidas desde el Poder Ejecutivo. En el plano económico, ¿Califica como “Poder” el Judicial si su presupuesto tiene que ser aprobado por el Legislativo?

El mismo MONTESQUIEU parece entrar en contradicción en este extremo del Poder Judicial, pues por un lado defiende la idea de que el poder debe ser limitado por el poder, proponiendo la existencia de tres poderes (nadie sabe por qué no pudieron ser sólo dos, o por qué no cuatro), que –se asume –harían efectivo este “contrapeso” de poderes, pero por otro lado, al referirse al Poder Judicial afirma que “De los tres poderes, el de juzgar es, en cierto modo, nulo. No quedan más que dos que necesitan de un poder regulador para atemperarlos” y más adelante agrega “Los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”; en

consecuencia, no se entiende cómo le asigna el papel de “Poder” al sistema que administra justicia, si al mismo tiempo reconoce su fragilidad y fuerza nula.

Claro que a favor del Poder Judicial se puede alegar que “La revisión judicial es, por su naturaleza, un medio de control de poder de otra rama del gobierno”⁴⁸; pues no se podrá negar que en sede judicial pueden ser detenidos, juzgados y sentenciados, funcionarios del más alto nivel, de cualquiera de los otros dos Poderes. Pero esto es algo que compromete a funcionarios de manera individual o un grupo de ellos, más no es algo que comprometa al “Poder” en su conjunto. No habría forma por ejemplo que el Poder Judicial disponga “disolver” el Poder Ejecutivo y convocar a nuevas elecciones, alegando la existencia de una corrupción institucionalizada.

Sea como fuere, con el denominado “autogolpe” de 1992, el Poder Ejecutivo pudo intervenir sin miramientos el Judicial, pero lo que no pudo hacer es colocar a Ministros dictando sentencias; ergo, hay funciones que son ineluctablemente definidas, sobre cuya individualización parece debe partir toda “división” de funciones, si es que no queremos hablar de “poderes”.

Entonces “no existen varios poderes estatales en forma separada e independiente uno del otro: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial; por cuanto el poder estatal tiene un carácter único e indivisible. Y en tal sentido, el aparato estatal (Estado) no es más que la forma de organización que adquiere el poder, en función del régimen económico y social sobre el que se yergue”⁴⁹.

Es posible sostener que sólo una “lectura” sesgada de MONTESQUIEU a llevado a atribuirle la “separación” de poderes: “Si leemos cuidadosamente el texto del capítulo 6 en su totalidad, podremos comprobar que, lejos de

⁴⁸ BARKER, Robert S., “*Separación de poderes en los Estados Unidos: resumen y actualización*”, En: Ius Et Veritas, Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año VII, N° 12, Lima, Junio, 1996. p. 10.

⁴⁹ PAZ DE LA BARRA, Vladimir, *Teoría del Estado y Control del Poder*, Empresa Editora Latina S.A., 1ª Edición, Lima, 1986, p. 97.

describir un sistema de separación y de especialización de los distintos órganos, Montesquieu se empeña en demostrar, a través de múltiples hipótesis, cómo en realidad estos órganos están interrelacionados”⁵⁰.

Por su lado, JELLINEK sostenía la indivisibilidad del poder del Estado, pues un “poder dividido, supone el desmenuzamiento del Estado en una variedad de formaciones políticas”⁵¹. En ese contexto, la “fórmula más clara para la solución de la antítesis [unidad del Estado versus división de poderes] la ha acuñado Jellinek, al decir que cada órgano estatal representa, en los límites de su competencia, el poder del estado. Así, pues, puede haber una división de competencias, sin que el poder resulte repartido. Sea cual fuere el número de los órganos, el poder estatal es siempre único”⁵².

KELSEN sostuvo que “poco significa que (para dejar a salvo, al menos terminológicamente, la unidad del poder estatal) se hable de *funciones* – legislación, ejecución, jurisdicción –en lugar de *poderes* del Estado, si no se abandona decididamente la idea de que esas funciones coexisten sin tener entre sí la menor relación”⁵³.

Por eso, está claro también que estas “competencias” están interrelacionadas, de modo que no existe una “separación” o “división” propiamente dichas; pero en esta convivencia o coexistencia de funciones hay inevitables tensiones, donde la defensa del Estado Constitucional de Derecho pasa por garantizar que las “competencias” no se concentren en una o en un grupo de personas.

⁵⁰ MIAILLE, Michel, *El Estado del Derecho*. México D.F., 2008, Goyoacán. p. 203.

⁵¹ JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005, p. 615.

⁵² GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Op. Cit., p. 106.

⁵³ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Ediciones Coyoacán, 1ª Edición 2004, 2ª Reimpresión 28, México D.F., p. 300.

SUBCAPÍTULO II

INDEPENDENCIA JUDICIAL

10. Nombramiento de jueces

10.1 Durante la monarquía

La fuente u origen de toda función pública, incluida la de los jueces, emanaba de la voluntad del monarca; todos los poderes pertenecían a él. Es verdad que los poderes del soberano son delegables, como ciertamente sucedió, pero no era una donde el delegado tenía independencia o autonomía, ya que su autoridad se ceñía a lo que en estricto le había sido delegado por el rey y por el tiempo que éste señalaba o hasta el momento en que a éste le provocaba, por su voluntad omnímoda.

En Europa los jueces “habían nacido en todos los países como delegados del Rey, supremo tribunal, *corte*, con posibilidad teórica de avocar cualquier pleito en manos de otro juez o de juzgar personal y expeditivamente en única instancia durante la Edad Media y hasta los albores del Renacimiento, como todavía lo hizo Isabel I de Castilla”⁵⁴. En Francia todos los súbditos están sometidos a la justicia real o regia; el rey “configura a su albedrío las competencias y sus titulares, cambia los asuntos de un tribunal a otro o los juzgado por sí mismo o por delegados que nombra al efecto”⁵⁵.

En ese contexto, es al monarca al que le correspondía repartir las competencias por delegación, según la forma y modo cómo le provocaba; “Esta se hace radicar en dos clases de titulares: los funcionarios propietarios del cargo, por haberlo comprado, y los *commissaires*, a quien el rey les encargaba una misión especial, revocable en cualquier momento. Mientras

⁵⁴ DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael, *La Guerra de los Jueces, Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*, Madrid, DYKINSON, 2012, p. 49.

⁵⁵ DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael, Op. Cit., p. 49.

la competencia de los primeros es fijada por la costumbre y por ordenanzas reales, determinantes de una situación estatutaria que enmarca el oficio o la función independientemente de la persona del funcionario que la ejerce, la de los segundos es incierta, caprichosamente esbozada en las *lettres de la commission*, entregadas al comisario en el momento de su nombramiento”⁵⁶.

10.2 En el Perú

En nuestra historia, en menor o mayor medida, el poder político siempre ha querido controlar el ejercicio de la función judicial, especialmente, a través de los mecanismos de nombramiento, ratificación, ascenso y destitución. “Esto explica por qué quienes detentan el poder político se han reservado siempre tales atribuciones, para ser ejercidas de modo directo o indirecto”⁵⁷.

Como quiera que el Poder Judicial concentra el *ius puniendi* del Estado, finalmente es en manos de los jueces donde está la libertad de los funcionarios públicos cuando éstos son denunciados; en sus manos también está, vía control difuso, el control de la constitucionalidad de las leyes, entre otros importantes temas que son de interés del gobernante de turno.

“Si Montesquieu nos volviera a recordar hoy que todo aquél que dispone de poder tiende a abusar de él, constataríamos que en todas partes los gobernantes sufren la apetencia de acumular más poder y de evadir las contenciones que los estorban demasiado”⁵⁸, y el Poder Judicial, o mejor dicho los jueces, parecen haber “estorbado” a los gobernantes a lo largo de nuestra República y ni qué decirlo durante las dictaduras.

⁵⁶ VÉLEZ GARCÍA, Jorge, *Los dos sistemas del derecho administrativo, Ensayo de derecho público comparado*, 2ª Edición, Editorial Presencia Ltda., Santa Fe de Bogotá D.C., Marzo de 1996, p. 7.

⁵⁷ PÁSARA, Luis, *Tres claves de la justicia en el Perú*, Fondo Editorial PUCP, 1ª Edición, Lima, Mayo del 2010, p. 81.

⁵⁸ BIDART CAMPOS, Germán J. y Walter F. CARNOTA, Op. Cit., p. 139.

Sobre el Poder Judicial, BASADRE (1998) cuenta que la Constitución de 1823 no estableció pauta alguna para los nombramientos judiciales, pero estableció la inamovilidad de los magistrados mientras observasen buena conducta. La Constitución de 1826 hizo lo propio al prever que los jueces durarían en la medida que durasen sus buenos servicios; los Vocales de la Corte Suprema (que debían ser 6) eran entonces elegidos por la Cámara de censores, de una terna simple seleccionada por el Poder Ejecutivo, que a su vez se basaba en una lista propuesta por el Senado, mientras que los jueces de primera y segunda instancia eran nombrados por el Senado a propuesta del respectivo cuerpo electoral. Con la Constitución de 1828 las Vocalías Supremas debían ser 7 (una por cada departamento), mediante ternas dobles proyectadas por las juntas departamentales, de las cuales el Senado elevaba una terna de donde el Ejecutivo escogía a uno; bajo el mismo sistema de ternas dobles el Poder Ejecutivo nombraba a los vocales de las Cortes Superiores y a su vez cada Corte nombraba a los jueces de primera instancia de su distrito judicial. La Constitución de 1834 conservó la designación de los vocales de la Corte Suprema por departamentos y serían elegidos entonces por el Congreso de las listas remitidas por los colegios electorales⁵⁹.

Mediante decreto del 2 de Mayo de 1836 se disolvió la Corte Suprema y se creó un tribunal provisorio supremo de justicia en el Estado Nor –Peruano, mientras que por decreto del 20 de Agosto de 1839 se estableció una Corte Suprema en el Estado del Sur. La Constitución de 1839 repitió en lo esencial los dispositivos acerca del Poder Judicial de las Constituciones que la precedieron; los vocales de la Corte Suprema y Cortes Superiores eran nombrados por el Ejecutivo según la terna doble presentada por el Consejo de Estado y el mismo Ejecutivo escogía también a los jueces de primera instancia de las ternas simples elevadas por la Corte Superior respectiva. “El Presidente de la República podía remover a los vocales de la Corte Suprema con el voto unánime del Consejo de Estado; a los de la superior con los dos

⁵⁹ BASADRE, Jorge, *Historia de la República del Perú 1822-1933*, 8ª Edición, Tomo II, 1998, Santiago de Chile, (Colección del Diario La República y la Universidad Ricardo Palma), p. 429-430.

tercios de los votos; y a los de primera instancia con la mayoría absoluta de dicho organismo. Por sí solo el Jefe del Estado estaba facultado para suspender por cuatro meses a lo más, o trasladar a cualquier funcionario del Poder Judicial, cuando a su juicio lo exigiera la conveniencia pública”⁶⁰.

PÁSARA (2010), citando también a BASADRE, señala que éste conserva su preocupación al comprobar que con la Constitución de 1860 el verdadero y único elector de los jueces era el Presidente de la República; situación que continuó con la Constitución de 1933⁶¹. Salvo sutiles diferencias, en ambas estaba previsto que los Vocales y Fiscales Supremos fueran designados por el Congreso de la República, pero de entre candidatos propuestos por el Ejecutivo, mientras que la designación de los jueces superiores y jueces de primera instancia correspondía al Poder Ejecutivo, de entre ternas presentadas, respectivamente, por la Corte Suprema y las Cortes Superiores.

Posteriormente, la Constitución de 1979 señalaba en su Art. 245° que el Presidente nombraba a los magistrados a propuesta remitida por el hoy inexistente Consejo Nacional de la Magistratura, interviniendo el Senado en la ratificación de los nombramientos de los jueces de la Corte Suprema. A partir de la Constitución de 1993 la selección y el nombramiento de jueces y fiscales estuvo a cargo del mencionado Consejo Nacional de la Magistratura, hasta que por Ley 30904 publicada el 10 de Enero del 2019 ha sido sustituido por la Junta Nacional de Justicia.

11. Independencia judicial (principio de independencia e independencia subjetiva)

Veíamos que en la monarquía todo poder emanaba del rey; todo funcionario público, incluido los jueces, estaban a merced de la voluntad omnímoda del

⁶⁰ BASADRE, Jorge, Op. Cit., p. 430.

⁶¹ PÁSARA, Luis, Op. Cit., p. 81.

rey. “Frente al modelo de organización judicial que agrupaba a los jueces como integrantes de un *un cuerpo de soldados* del rey, luego de la Revolución Francesa surge la noción de independencia como reivindicación frente al monarca”⁶². De esta manera va tomando forma el principio de independencia judicial, pues los jueces dejaron de estar al servicio de “Su Majestad” para estar sometidos únicamente a la ley, dentro de lo que se conocería como el Estado Legal, que dio lugar luego al Estado Constitucional, donde el juez está sometido a la constitución.

De hecho, “la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencia de cualquier otro detentador del poder constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de derecho”⁶³; en otras palabras, “la independencia judicial se constituye, entonces, como una condición *sine qua non* para que el poder judicial ejerza sus funciones con un mínimo de objetividad, transparencia e imparcialidad y así contribuya a la consolidación y calidad del Estado democrático de derecho”⁶⁴.

Autonomía, independencia e imparcialidad judiciales son categorías consustanciales a la impartición de justicia; son diferentes, pero se interrelacionan. En términos generales, la autonomía quiere decir que ninguna autoridad puede obstaculizar o interferir en las competencias propias del Poder Judicial, mientras que la independencia (subjetiva) que deriva del principio del mismo nombre, implica la capacidad autodeterminativa de cada juez para declarar en sus decisiones el derecho que corresponde y hacer ejecutar dicha decisión, sin estar sometido más que a la Constitución y las leyes vigentes, sin interferencia económica, política, presión social o mediática (independencia externa), ni injerencia de otros jueces o autoridad dentro del Poder Judicial (independencia interna).

⁶² GONZÁLES MANTILLA, Gorki, *Los jueces –Carrera Judicial y cultura jurídica*, 1ª Edición, Palestra Editores, Lima, Noviembre del 2009, p. 65.

⁶³ LOEWENSTEIN, Karl, Op. Cit., p. 294.

⁶⁴ VÁSQUEZ, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”; en: *El canon neoconstitucional*, Editores: Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Universidad Externado de Colombia, 1ª Edición, Bogotá, Enero del 2010, p. 512.

Por su lado, la denominada imparcialidad tiene que ver con la posición del juez dentro del proceso que tramita y con relación a las partes (independencia funcional), de modo que quien imparte justicia debe estar ajeno a los intereses de dichas partes, existiendo mecanismos procesales como la recusación o la abstención para garantizar dicha imparcialidad.

Para los fines de la presente tesis, es necesario distinguir entre lo que viene a ser el principio jurídico de independencia judicial (principio normativo) y la independencia subjetiva del juez que se deriva de dicho principio, entendida como su capacidad auto determinativa para decidir, sin ningún tipo de interferencia externa o interna. Por eso lo primero, el principio normativo, es materia de nuestro problema principal (análisis dogmático), mientras que la independencia subjetiva lo es de nuestro problema específico (análisis socio jurídico).

Lo descrito hasta ahora define en teoría lo que se entiende por independencia o autonomía, pero en la práctica hemos visto lo usual que ha sido y es que quien detenta el poder de gobierno pretenda nombrar a los jueces, con lo que tales garantías se ponen en peligro. Por eso, la “judicatura está permanente expuesta a las *presiones e influencias* de los otros poderes del Estado. Un Poder Judicial independiente resulta siempre incómodo para los gobernantes autoritarios y por eso, en la práctica, se encargan de depurarlos de elementos indóciles para reemplazarlos con jueces adictos. El peso, la autoridad y el prestigio de los tribunales de justicia –tal como sucede con la Corte Suprema de los Estados Unidos –reposan fundamentalmente en su independencia.”⁶⁵.

La designación o nombramiento de jueces está indisolublemente ligado a la independencia judicial, por lo que para garantizarse esto último es necesario

⁶⁵ CHIRINOS SOTO, Enrique, Op. Cit. p. 317.

un adecuado procedimiento de nombramiento que posea las siguientes características, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial interamericana⁶⁶:

- a) Los candidatos deben ser libres de concurrir a los procesos de selección en igualdad de oportunidades, de modo que todos los que reúnan los requisitos preestablecidos puedan participar en ellos;
- b) Los candidatos o aspirantes deben participar en los procesos de selección bajo las mismas condiciones, desterrándose toda ventaja o privilegio;
- c) Los méritos deben ser la única condición para acceder al servicio, por lo que fuera de ello no puede admitirse ningún impedimento para quien no se encuentra en la administración;
- d) Los requisitos para acceder al cargo deben ser claros y públicamente difundidos, con absoluta transparencia;
- e) El proceso de selección debe considerar las características particulares del cargo al que se va a postular;
- f) La decisión final debe basarse en parámetros objetivos y razonables, a la luz de los méritos y cualidades de quien aspira al cargo bajo concurso;
- g) La mejor manera de evitar nombrar en el cargo a personas que no son idóneas, es reducir el margen de discrecionalidad en el diseño del concurso, por lo que los parámetros preestablecidos deben ser objetivos y medibles.

⁶⁶ DELGADO ÁVILA, Daniel, “El derecho fundamental al juez independiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, En: *Anuario mexicano de derecho internacional*, Anu. Mex. Der. Inter vol. 11 México Enero 2011. Fuente: www.cielo.org.mx

12. Independencia judicial en el derecho comparado

En el derecho constitucional latinoamericano, los textos de las constituciones garantizan y reconocen la independencia judicial; en algunos casos se prohíbe expresamente al poder ejecutivo ejercer funciones judiciales como en la constitución argentina, o se les asigna en un presupuesto anual mínimo como en el caso de El Salvador; en la constitución guatemalteca no sólo se prevé la independencia funcional, sino la independencia económica del organismo judicial, fijándose también un mínimo presupuestario⁶⁷. Sin embargo, “el cúmulo de disposiciones enumeradas contrasta en los hechos con la inestabilidad y debilidad del poder judicial latinoamericano, pero a su vez es indicio de la fuerza con que aspira a enfatizar la necesidad de promoverlo a una efectiva autonomía funcional resguardada por múltiples garantías”⁶⁸.

En Francia, el *Conseil Supérieur de la Magistrature* y en Italia, el *Consiglio Superiore della Magistratura* se configuraron en “la necesidad de limitar el poder que el Ejecutivo ejerce sobre la independencia y autonomía judicial”⁶⁹, creándose en esa línea “una institución diferente y autónoma del gobierno que, paradójicamente, estaría fuera de la propia organización judicial”⁷⁰.

En Gran Bretaña, los tribunales ingleses son de la reina y la jurisdicción deriva de la Corona y es ejercida en nombre del monarca (como en la fórmula que dice que la justicia se administra en nombre del pueblo), pero la reina no administra justicia personalmente ni interfiere en ella, ni los jueces admiten órdenes regias, aquí “no hay carrera judicial, los tribunales apenas conocen el principio de la división de poderes, la justicia es una de las más caras del mundo; su administración se encuentra muy centralizada y, pese a

⁶⁷ BIDART CAMPOS, Germán J. y Walter F. CARNOTA, Op. Cit., p. 82-83.

⁶⁸ BIDART CAMPOS, Germán J. y Walter F. CARNOTA, Op. Cit., p. 83.

⁶⁹ GONZÁLES MANTILLA, Gorki, Op. Cit., p. 195.

⁷⁰ GONZÁLES MANTILLA, Gorki, Op. Cit., p. 195.

todo, pocos países tienen una organización judicial tan independiente como Gran Bretaña”⁷¹.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969) señala como una de las garantías judiciales (Art. 8.1) que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Dentro de los Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura se lee:

“1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley”⁷².

⁷¹ BIDART CAMPOS, Germán J. y Walter F. CARNOTA, Op. Cit., p. 84.

⁷² Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1969.

Por otro lado, el Estatuto del Juez Iberoamericano alude al principio general de independencia así:

Art. 1º: “Como garantía para los justiciables, los Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y se encuentran tan sólo sometidos a la Constitución y a la ley, con estricto respeto al principio de jerarquía normativa”.

Art. 2º: “Los otros poderes del Estado y, en general, todas las autoridades instituciones y organismos nacionales o internacionales, así como los diferentes grupos y organizaciones sociales, económicos y políticos, deben respetar y hacer efectiva la independencia de la judicatura”.

En la Declaración de Beijing sobre los Principios relativos a la Independencia de la Judicatura en la Región de LAWAISA se dice que ésta exige que la judicatura decida los asuntos que conozca de acuerdo con su evaluación imparcial de los hechos y su entendimiento del derecho, sin influencias impropias, directas o indirectas, de cualquier fuente.

Existe otro documento denominado Estatuto Universal del Juez, en cuyo Art. 1º se dice que “La independencia del juez resulta indispensable para el ejercicio de una justicia imparcial en el respeto de la ley. La independencia es indivisible Todas las instituciones y autoridades, nacionales o internacionales, deberán respetar, proteger y defender esta independencia”.

13. Independencia judicial en la legislación peruana vigente

La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional es un principio garantizado en el Art. 139º Inc. 2º de la Constitución; es al mismo tiempo un derecho fundamental de toda persona a ser juzgada por un juez independiente y es también al mismo tiempo un derecho del juez. Por eso, para garantizar la independencia externa (sin interferencia económica,

política, presión social o mediática) e interna (sin injerencia de otros jueces o autoridad dentro del Poder Judicial), se busca asegurar el mecanismo por el cual el nombramiento del juez responda únicamente a sus méritos, mientras que para asegurar su independencia en el ejercicio del cargo, se le garantiza la permanencia en el servicio, a no ser trasladado sin su consentimiento, así como un sistema de control disciplinario razonable, entre otros derechos.

La independencia del juez también está prevista en el Art. 146° de la Constitución como una garantía para los magistrados, señalándose expresamente que “Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”.

14. Independencia judicial en la historia del Perú

BASADRE cita que durante el Gobierno del General Antonio Gutiérrez de la Fuente, éste privó de su vocalía en la Corte Superior de Justicia de Arequipa al Dr. Manuel Ascencio Cuadros, quien además había sido elegido presidente de dicho tribunal (Resolución del 17 de Julio de 1829 refrendada por el Ministro Mariano Alejo Álvarez); si bien el Congreso repuso a Cuadros, elegido presidente de Corte en 1831, este episodio “señala un momento dentro de la historia de las interferencias del poder militar en la magistratura. Otras etapas son las medidas de Gamarra durante la Restauración, el decreto de la Junta Gubernativa en 1844, los desbordes de la insurrección liberal de 1854, la pugna entre la Dictadura de 1866 y la Corte Suprema y la reorganización del Poder Judicial por la Junta de Sánchez Cerro en 1930”⁷³.

Si el poder político ha querido, en menor o mayor medida, controlar el ejercicio de la función judicial, esta intención se revela con mayor nitidez durante los gobiernos surgidos por golpes de Estado, como los provocados en el Perú –sólo en el siglo XX –por Oscar R. Benavides, Augusto B. Leguía, Luis Miguel Sánchez Cerro, Manuel A. Odría, Juan Velasco Alvarado y Francisco Morales Bermúdez. Hacia finales del siglo pasado los gobiernos

⁷³ BASADRE, Jorge, Op. Cit., Tomo I, p. 207.

constitucionales de José Luis Bustamante y Rivero que duró 3 años (1945-1948), Manuel Ignacio Prado y Ugarteche (1956-1962) y Fernando Belaúnde Terry (1963-1968), fueron interrumpidos por golpes de Estado.

En el caso de Augusto B. Leguía, a pesar de que ganó las elecciones frente al candidato Ántero Aspíllaga del Partido Civil, se ponía en peligro alcanzar la mayoría de los votos, pues venían siendo invalidados por la Corte Suprema, escenario que dio lugar al golpe militar (1919) que provocó la salida intempestiva del Presidente Manuel Pardo, con la evidente intención de tomar el control del parlamento, ya que la mayoría en manos del Partido Civil no convenía a los planes de Leguía, quien asumió el poder, primero, encabezando el Gobierno Provisional y, después, al reconocerse su elección por la Asamblea Nacional.

La independencia judicial no se escapó del poder político, llegando a su máxima revelación con la Ley 4007 del 4 de Noviembre de 1919, que dispuso que los jueces y tribunales cortaran inmediatamente todos los juicios iniciados o que puedan iniciarse contra las autoridades políticas por usurpación de funciones o extralimitación de atribuciones realizadas durante el Gobierno Provisional.

Durante el gobierno de Odría se promulgó la Ley 10899 del 17 de Noviembre de 1948 que derogó la Ley 9654, que regulaba la cobertura de vacantes en la Corte Suprema durante el receso del Congreso de la República, quedando vacantes las plazas cubiertas en virtud del dispositivo derogado; en su lugar, se dispuso que las designaciones fueran hechas directamente por la Junta Militar del Gobierno, hasta que se reúna el Cuerpo Legislativo.

Después que asumió funciones, durante la gestión de Juan Velasco Alvarado se promulgó el 23 de Diciembre de 1969 el Decreto Ley 18060, por la cual, invocando el objetivo moralizador del Gobierno Revolucionario, la existencia de retardo procesal y –curiosamente –para asegurar la independencia del Poder Judicial, se cesó del cargo a todos los Vocales y Fiscales Supremos, se creó el Consejo Nacional de Justicia y se designó a

los nuevos magistrados por Decreto Ley 18061, quienes debían evaluar sobre la permanencia en el cargo de los jueces de las instancias inferiores.

El Consejo Nacional de Justicia se encargaría en adelante del nombramiento de los magistrados, con excepción de los jueces de paz, conformado por dos delegados del Poder Ejecutivo, dos del Poder Legislativo, dos del Poder Judicial, uno de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, uno del Colegio de Abogados de Lima y uno por cada Programa Académico de Derecho de las Universidades Nacionales más antiguas (San Marcos y San Antonio Abad). Después, sólo los delegados de los tres Poderes integrarían la Junta, más un delegado del Foro Nacional y uno de la Universidad Peruana (Decreto Ley 21464). Obviamente, el Gobierno Militar tenía el control de dicha Junta, pues fue quien nombró a los Vocales Supremos y no había Poder Legislativo, pues el Congreso había quedado disuelto desde el golpe de Estado.

De esta manera, el “cuadro del poder político de la república del siglo XX se describe, entonces, como el resultado del ejercicio de la fuerza, donde la separación de poderes, aun en sus relieves clásicos, no existe y el papel de la judicatura, por lo tanto, está en permanente cuestionamiento”⁷⁴. Y el peor momento para la judicatura peruana estaría por venir casi al final del siglo XX y no precisamente dentro de un gobierno militar en estricto, sino después del denominado “autogolpe” que lideró el Presidente en ejercicio Alberto Fujimori el 5 de Abril de 1992, con el apoyo de las Fuerzas Armadas.

Terminado el Gobierno Militar y promulgada la nueva Constitución de 1979, durante la Presidencia de Fernando Belaúnde se separaron jueces bajo el cargo de sometimiento al gobierno militar y la alianza AP –PPC permitió el nombramiento de jueces supremos que a su vez realizaron una segunda purga de vocales y jueces en marzo de 1981, sin previo ni debido proceso; luego, durante el primer gobierno de Alan García (1985-1990), se sabía que la mayoría de los vocales supremos se irían jubilando. “Por eso no apuró un

⁷⁴ GONZÁLES MANTILLA, Gorki, Op. Cit., p. 243.

cese masivo, esperó que gradualmente por límite de edad se retiraran y luego en esas plazas serían nombrados sus partidarios o amigos del gobierno”⁷⁵.

En ese contexto asume como Presidente Alberto Fujimori, quien lideraría el denominado “autogolpe” del 5 de Abril de 1992, dando lugar al Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, cuya Ley de Bases se aprobó por Decreto Ley 25418; en el caso del sistema judicial, se cesaron sin motivación alguna a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales (D.L. 25422), a 13 jueces de la Corte Suprema (D.L. 25423), a los miembros del Consejo Nacional y de los Consejos Distritales de la Magistratura (D.L. 25424), al Fiscal de la Nación (D.L. 25425), así como a vocales, fiscales superiores y jueces de Lima y Callao (D.L. 25446, 25492, 25580, 26118); lo que se replicó con los jueces de otros distritos judiciales, mediante acuerdos de Sala Plena de la Corte Suprema.

En el caso del Poder Judicial, Fujimori predispuso el escenario político para justificar su intervención, calificando a su sede central y emblemática como “palacio de la injusticia”; el 8 de Abril de 1992 promulgó el D.L. 25419 por la que se suspendió el despacho judicial por diez días útiles y en el caso de la capital de la República, se encargó a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional la custodia externa e interna, respectivamente, del Palacio de Justicia y de los edificios sede de los juzgados civiles y del Ministerio Público.

“Pero como lo evidenció la revista Caretas fue este un operativo de inteligencia para apropiarse de expedientes claves para explicar la trayectoria ilícita de (Vladimiro) Montesinos”⁷⁶, quien era el asesor del Presidente. Posteriormente, el control de los nombramientos y la provisionalidad en el cargo de los jueces no fue suficiente para el poder de turno, creándose en Diciembre de 1995 la Comisión Ejecutiva del Poder

⁷⁵ RAMÍREZ ERAZO, Ramón, *Los jueces de Montesinos, la mafia fujimontesinista en el Poder Judicial*, 1ª Edición, Junio del 2002, AMADP, p. 33.

⁷⁶ RAMÍREZ ERAZO, Ramón, Op. Cit., p. 86.

Judicial (D.L. 26546) para que asuma las funciones de gobierno y gestión del Poder Judicial

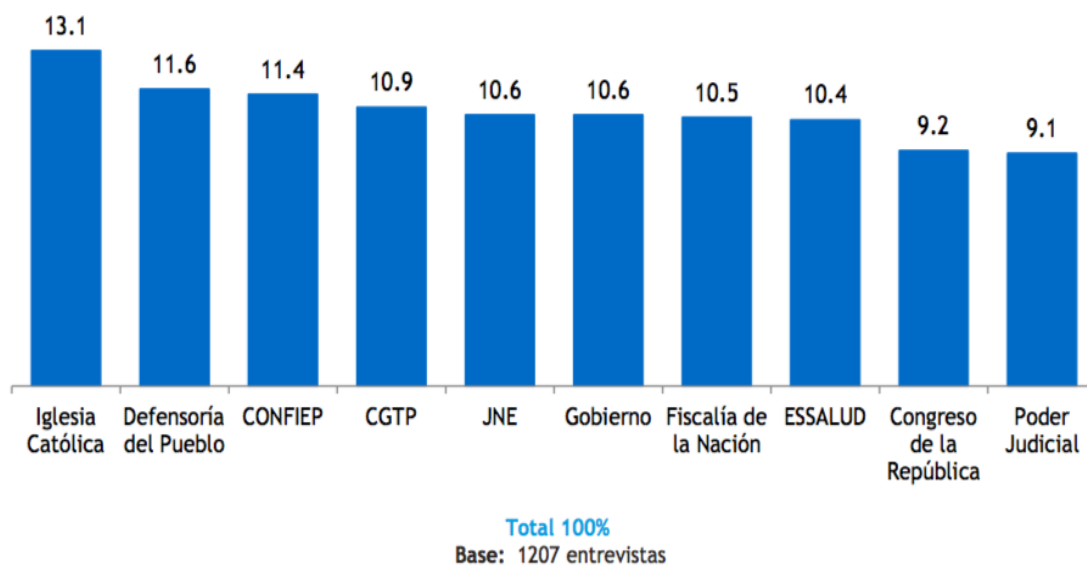
“El Poder Judicial ha sufrido con frecuencia cuestionamientos políticos aduciéndose principalmente su carencia de legitimidad democrática y, en consecuencia, su falta de autoridad para imponerse a las decisiones de aquellos poderes que, como el Legislativo y el Ejecutivo, cuentan con el respaldo que le brinda la elección popular”⁷⁷. Por eso no es de extrañar que las medidas adoptadas entonces por el Ing. Fujimori fueron aprobadas por un gran sector de la población, que respaldó al Congreso Constituyente que promulgó la nueva Constitución de 1993, que le permitió reelegirse en las elecciones del año 2000.

Efectivamente, el Poder Judicial goza de poca aprobación en la población:

- 1) En la encuesta nacional urbana y rural realizada en Febrero del 2014 por DATUM a 1207 personas, los encuestados calificaron con la nota 9.1 sobre 20 al Poder Judicial⁷⁸;

NOTA ATRIBUIDA A INSTITUCIONES

Si pudiera ponerle una nota de 0 a 20, tipo colegio a la labor que viene realizando la(el) ..., ¿qué nota le pondría?



⁷⁷ VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho*, México, 2005, Porrúa. p. 210.

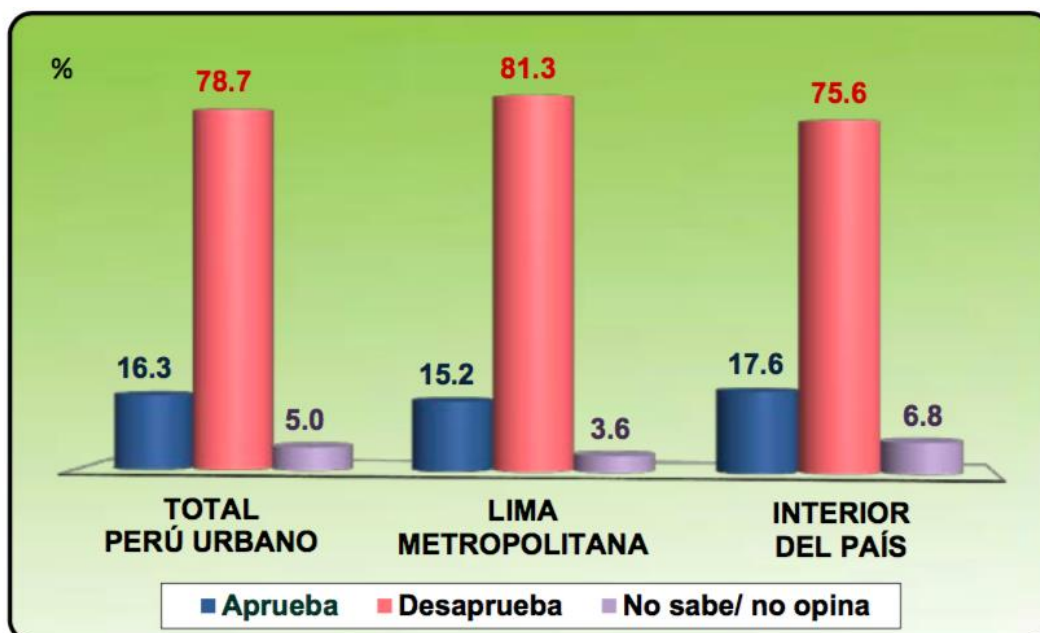
⁷⁸ Fuente: www.datum.com.pe

- 2) En la encuesta nacional urbana realizada a 1216 ciudadanos en el mes de Abril del 2014, IPSOS reportó que frente a una escasa aprobación del 19%, a 74% ascendía el porcentaje de desaprobación⁷⁹;

4. En general, ¿diría usted que aprueba o desaprueba la gestión de... ?

	Enero	Febrero	Marzo	Abril		
	Aprueba	Aprueba	Aprueba	Aprueba	Desaprueba	No precisa
El Gobierno	23	25	20	19	74	7
El Poder Judicial	13	14	15	11	82	7
El Congreso de la República	11	12	9	10	83	7
El Primer Ministro René Cornejo Díaz	-	-	10	11	55	34
El Ministro de Economía Miguel Castilla	23	21	17	20	55	25
El Ministro del Interior Walter Albán	-	-	-	13	56	31
El Presidente del Congreso Fredy Otárola	15	15	14	10	65	25
La Primera Dama Nadine Heredia	38	40	27	27	68	5

- 3) La encuesta nacional urbana de CPI en la para Abril del 2014 el 78.47 desaprobaba la gestión del Poder Judicial a nivel nacional⁸⁰.



⁷⁹ Fuente: www.ipsos-apoyo.com.pe

⁸⁰ Fuente: www.cpi.pe

Esto sigue siendo una constante y cifras más o menos, la desaprobación sigue siendo la excusa ideal para que los gobiernos de turno “amenacen” con la intervención del Poder Judicial o para que se les niegue a los jueces mejores condiciones en el desempeño de su función.

La corrupción es sin duda uno de los principales problemas de Poder Judicial; en la encuesta realizada por ejemplo en Enero del 2017 por CPI, en una escala del 1 al 10 (nada corrupto –muy corrupto), ésta institución tuvo una calificación de 7.3.

Aunque es difícil que vuelva a haber una intervención como durante el gobierno del Ing. Fujimori, durante el mensaje de Fiestas Patrias del 2017, el Presidente Pedro Pablo Kuczynski anunció el proyecto dirigido a que se reformule la conformación del (ahora desaparecido) Consejo Nacional de la Magistratura, para que de 7 se redujesen a 5 sus integrantes, incluyendo un representante del Poder Ejecutivo y otro del Poder Legislativo; lo que fue rechazado por dicha institución, con el respaldo de los jueces de la República, pues encontraban en ello una clara intención de “politizar” el proceso de selección y ratificación de magistrados, con la subsecuente afectación de su independencia.

En la actualidad, el sistema de impartición de justicia atraviesa una de sus peores crisis, que involucra al Poder Judicial y al desactivado Consejo Nacional de la Magistratura, después que IDL Reporteros difundió los audios que revelaban la existencia de tráfico de influencias entre alguno de los miembros de ambas instituciones, conllevando a que se declare en emergencia y se suspenda el funcionamiento del Consejo Nacional de la Magistratura (Ley 30833 publicada en El Peruano el 28 de Julio del 2018), para dar pase a la ahora denominada Junta Nacional de Justicia, según Ley 30904 publicada el 10 de Enero del 2019.

15. Independencia judicial según el Tribunal Constitucional peruano

A continuación, pasaremos revista cronológica a diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, donde ha delineado cómo debe entenderse la independencia judicial:

Caso justicia militar

Exp. 0023-2003-AI/TC

Demandante : Defensoría del Pueblo

Tipo de proceso : Acción de inconstitucionalidad

Sentencia : 9 de Junio del 2004

La Defensoría del Pueblo promovió acción de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la hoy derogada Ley 23201 –Ley Orgánica de Justicia Militar, Decreto Ley 23214 –Código de Justicia Militar y la Ley 27860 del Ministerio de Defensa. Allí el Tribunal Constitucional declaró entre otras cosas inconstitucionales los dispositivos donde se señalaba que los miembros de la Justicia Militar no depende de ninguna autoridad, salvo los Organismos Judiciales de mayor jerarquía. Se argumentó entre otras cosas:

- “La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional” (fundamento 28).
- “El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso” (fundamento 29).

- “La independencia judicial, debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia”. Agrega que el principio de independencia debe entenderse: a) como independencia orgánica, que implica la garantía del órgano que imparte justicia; b) como independencia funcional, en relación a los principios de exclusividad de la jurisdicción y de reserva; y c) como capacidad subjetiva, esto es, de sujetarse a la voluntad propia de ejercitar tal independencia (fundamento 31).
- En tanto que la independencia judicial protege al juez de las influencias externas, la imparcialidad (ligada a la independencia funcional) está relacionada con el proceso, esto es, la independencia frente a las partes y al objeto de tal proceso, existiendo a su vez dos acepciones: a) imparcialidad subjetiva, que tiene que ver con el compromiso personal que el juez pueda tener en un caso determinado; y b) imparcialidad objetiva, que guarda relación a si el sistema ofrece las garantías que no hagan dudar sobre la influencia que se pueda ejercer sobre el juez. Adhiriéndose a lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso De Cubber contra Bélgica del 26 de Octubre de 1984, cita: “Un Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia ...debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad” (fundamento 34).
- Por eso, estimó el Tribunal que el hecho de que sean “oficiales en actividad” los que conformen los tribunales militares, vulnera el principio de independencia (además de la imparcialidad), pues es incompatible que los “profesionales de las armas” sujetos a jerarquías y obediencia puedan ser simultáneamente independientes e imparciales (fundamento 42).
- “La independencia de juez no sólo debe protegerse en relación al Poder Ejecutivo, sino, también, debe garantizarse al interior de la estructura

misma de la cual el juez forma parte, e incluso respecto de los tribunales orgánicamente superiores (independencia funcional)” (fundamento 51).

Caso libertad de expresión de juez penal

Exp. 2465-2004-AA/TC

Demandante : Jorge Octavio Ronald Barreto Herrera

Tipo de proceso : Amparo

Sentencia : 11 de Octubre del 2004

En una entrevista radial, el Juez Penal Jorge Barreto emitió opinión sobre un caso en trámite, en contra de lo decidido por la Sala Penal Superior, por lo que fue sancionado por el órgano de control (OCMA). El Tribunal Constitucional declaró Infundada la demanda que el magistrado interpuso contra la sanción, estimando esencialmente que la entrevista no la brindó como ciudadano sino como juez y en ese contexto primaba su deber de reserva sobre los procesos penales en trámite. Sobre la independencia judicial sostuvo:

- “Este principio supone un mandato para que en todos los poderes públicos, los particulares e, incluso, al interior del propio órgano, se garantice el respeto de la autonomía del Poder Judicial en el desarrollo de sus funciones, de modo que sus decisiones sean imparciales y más aún se logre mantener esa imagen de imparcialidad frente a la opinión pública” (fundamento 7).
- “Esta autonomía debe ser entendida desde una doble perspectiva: a) como garantía de administración de justicia; b) como atributo del propio juez. Es en este último plano donde se sientan las bases para poder hablar de una real independencia institucional que garantice la correcta administración de justicia, pues supone que el juez se encuentre y se sienta sujeto únicamente al imperio de la ley y la Constitución antes que a cualquier fuerza o influencia política” (fundamento 8).
- “Pues bien, mientras la garantía de independencia, en términos generales, alerta al juez de influencias externas, la garantía de imparcialidad se vincula a exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso mismo. De este modo, ambas deben ser entendidas como una totalidad,

por lo que no puede alegarse el respeto al principio de independencia mientras existan situaciones que generen dudas razonables sobre la parcialidad de los jueces” (fundamento 9).

Caso No ratificación de magistrados

Exp. 3361-2004-AA/TC

Demandante : Jaime Amado Álvarez Guillén

Tipo de proceso : Amparo

Sentencia : 12 de Agosto del 2005

Después que el Consejo Nacional de la Magistratura no ratificara en el cargo de Juez Superior a Jaime Amado Álvarez Guillén, éste promovió proceso de amparo que culminó con la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró Infundada su demanda, porque su “no ratificación” acaeció cuando legislativamente no se exigía motivación y se entendía entonces que equivalía a un voto de confianza o de no confianza. No obstante ello y encontrándose vigente desde el 1 de Diciembre del 2004 el Código Procesal Constitucional, el Tribunal delineó los nuevos parámetros que debían tener en adelante los procesos de ratificación de magistrados. Sobre la independencia de los jueces se sostuvo:

- “Por esta independencia debe entenderse, entonces, la ausencia de mecanismos de interferencia, tanto internos como externos, en el ejercicio de la función jurisdiccional. En el primer caso se hace alusión a la organización jerarquizada de la judicatura, impidiendo que dicha estructura permita que algún magistrado de los niveles superiores pretenda influenciar o ponga en peligro la imparcialidad de los jueces de los niveles inferiores. La independencia externa, en cambio, supone una garantía política que si bien alcanza al juez como funcionario individual, tiene mayores implicancias en cuanto a la corporación judicial, entendida como PJ” (fundamento 10).
- “En fin, la independencia judicial se presenta como una exigencia política del Estado constitucional, componente esencial de la noción de Estado de Derecho y principio estructural. En tal sentido, y también por ser considerada una garantía, se exhibe como un conjunto de mecanismos jurídicos tendientes a la salvaguardia y realización del ordenamiento en su

conjunto y, por tal virtud, aparece como un precepto instrumental según el cual los jueces no están sujetos en el ejercicio de su cargo a órdenes o instrucciones, ni tampoco pendientes de si sus sentencias agradan o no desde que le está encomendada la función de tutela de la normatividad del Estado, que está sometida al sistema jurídico” (fundamento 11).

- “Por ello, la imposibilidad de la separación inmotivada de la carrera judicial aparece como uno de los aspectos primordiales y cardinales de la inamovilidad de los jueces, y ésta como una consecuencia lógica de la independencia judicial” (fundamento 12).
- “La correlación en el binomio independencia y responsabilidad debe ser tratada como ecuanimidad, e impone la búsqueda de límites que determinen su exigencia de modo efectivo y sobre aspectos relacionados exclusivamente con el ejercicio de la función judicial y fiscal, sin ir más allá” (fundamento 15).

Caso justicia penal militar policial

Exp. 0004-2006-PI/TC

Demandante : Fiscal de la Nación

Tipo de proceso : Acción de inconstitucionalidad

Sentencia : 29 de Marzo del 2006

La Fiscal de la Nación promovió demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la hoy derogada Ley 28665 –Ley de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia militar policial. Allí el Tribunal Constitucional declaró entre otras cosas inconstitucional el dispositivo que señalaba que los miembros del Consejo Superior tenían que ser personal militar o policial en situación de actividad. Se argumentó entre otras cosas:

- El principio de independencia tiene una dimensión externa en virtud de la cual la autoridad que imparte justicia no está sujeta a interés alguno que proceda desde afuera de la organización judicial; también tiene una dimensión interna, que implica que en el ejercicio de su actividad, el juez no está sujeto a otros órganos jurisdiccionales, salvo en el contexto de un recurso impugnatorio, como tampoco está sujeto a los intereses de los órganos de gobierno; “cabe mencionar que el principio de independencia

judicial prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo siempre que medie un medio impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso” (fundamento 18).

- En su considerando 20 se cita el fundamento 34 del Exp. 0023-2003-Al/TC (que ya hemos acotado) sobre la imparcialidad subjetiva y objetiva.
- “A fin de proteger los principios de independencia e imparcialidad judicial, el juez militar no puede desempeñarse, a la vez, como oficial en actividad de las fuerzas armadas (ya sea oficial de armas u oficial del cuerpo o servicio jurídico), toda vez que la situación de actividad implica un nivel de pertenencia orgánica y funcional al respectivo instituto armado o policial y, en última instancia al Poder Ejecutivo” (fundamento 68).

Caso laguna normativa en la Ley General de Arbitraje

Exp. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (acumulados)

Demandantes : Minera Sulliden Shahuindo SAC y otra

Tipo de proceso : Amparo

Sentencia : 11 de Diciembre del 2006

Un extremo del caso permitió al Tribunal Constitucional identificar que la recusación contra todos los miembros del Tribunal Arbitral no era un supuesto regulado en la Ley General del Arbitraje (fundamento 66), por lo que si bien declaró Improcedente la demanda, ordenó que la Sala competente de la Corte Superior de Lima se pronuncie acerca si el trámite en sede arbitral de las recusaciones planteadas vulneraron el derecho a un juez imparcial, sobre el cual puntualizó:

- “Ciertamente, el derecho a ser jugado por jueces imparciales no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Ello, sin embargo, no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A saber, del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución” (fundamento 48)

Caso tragamonedas

Exp. 0006-2006-PC/TC

Demandante : Poder Ejecutivo (M. de Comercio Exterior y Turismo)

Tipo de proceso : Proceso Competencial

Sentencia : 13 de Febrero del 2007

En el proceso competencial relativo a los tragamonedas, que involucró a distintos operadores que se habían beneficiado con sentencias judiciales que impedían al MINCETUR ejercer su labor fiscalizadora, el Tribunal Constitucional emitió sentencia declarando nulas varias resoluciones judiciales firmes, argumentando:

- “Es importante enfatizar que, frente a la fuerza vinculante de las sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138° de la Constitución) y a la independencia (artículo 139°, inciso 2) que la Constitución les reconoce para desenlazar de ella. Porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía. Autonomía no es autarquía. Y es que, en un estado Constitucional Democrático, los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella” (fundamento 44).
- “Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. Es también importante recordar, respecto a la pretextada independencia, que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos” (fundamento 45).
- “De ahí que sea necesario precisar que la incardinación de la independencia del juez, dentro del ordenamiento constitucional, exige entenderla, necesariamente, en conexión con otros principios y bienes que la Constitución tutela; su desconexión con la interpretación de la Constitución que haya realizado el Tribunal Constitucional, por tanto,

resultaría claramente inadmisible y supondría una indudable violación de la supremacía jurídica constitucional. Y ello porque la calificación de última ratio de lo que es o no constitucional radica en el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución” (fundamento 47).

Caso no se aplicó criterio preexistente de la Corte Suprema

Exp. 02593-2006-PHC/TC

Demandante : Emiliano Alfredo Marín Cercedo

Tipo de proceso : Hábeas Corpus

Sentencia : 5 de Enero del 2009

El solicitante cuestionaba que en el proceso penal seguido contra Clever Inocencio Retis, la Sala Suprema elevó de 8 a 15 años la pena privativa de libertad, negándose a aplicar la rebaja de pena por imputabilidad relativa, a pesar de preexistir una ejecutoria suprema que había declarado inconstitucional la prohibición de rebajar la pena por imputabilidad restringida para los condenados por determinados delitos. El Tribunal Constitucional declaró Infundada la demanda, pues dicha ejecutoria no constituía precedente vinculante y no fue suscrita por los mismos jueces que suscribieron la resolución judicial cuestionada. Acerca de la independencia judicial afirmó:

- En el considerando 6 citó el el fundamento 28 del Exp. 0023-2003-AI/TC (al que hemos hecho referencia) sobre cómo debe ser entendida la independencia judicial: “capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgado y haciendo ejecutar lo juzgado”.
- “Ello resulta congruente con lo dispuesto en el artículo 146, inciso 1 de la Constitución [que el Juez sólo está sometido a la Constitución y la ley]. Ello no implica desde luego, que resulte vulneratorio de la independencia judicial la existencia de resoluciones jurisdiccionales con carácter normativo, como las resoluciones que el Tribunal Constitucional expida en materia de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y en general la interpretación de los preceptos y principios constitucionales que resulte de las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Constitucional toda

vez que por su carácter normativo tienen efectos similares a los de la ley” (fundamento 7).

Caso se instaura proceso penal al margen de la calificación fiscal

Exp. 00031-2009-PHC/TC

Demandante : Jorge Luis Arellano Alania

Tipo de proceso : Hábeas Corpus

Sentencia : 18 de Junio del 2009

El solicitante cuestionó que el juez ordenó aperturar proceso penal, desvinculándose en la calificación del delito, de la formalización de denuncia efectuada por el fiscal provincial. El Tribunal Constitucional declaró Infundada la demanda, pues consideró que el juez es el “señor” del juicio de tipicidad y no un simple tramitador de la denuncia fiscal, más aun si la desvinculación es una de sus facultades en virtud del principio de determinación alternativa. Sobre la independencia judicial sostuvo:

- En su considerando 9 cita el fundamento 28 del Exp. 0023-2003-AI/TC (al que hemos hecho referencia más arriba) sobre cómo debe ser entendida la independencia judicial: “capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgado y haciendo ejecutar lo juzgado”.
- En su considerando 10 cita el fundamento 7 del Exp. 2465-2004-AA/TC, sobre el mandato de respeto a la autonomía del Poder Judicial, que supone la independencia judicial.

Caso designación parcial de árbitro

Exp. 02851-2010-PA/TC

Demandante : IVESUR S.A.

Tipo de proceso : Amparo

Sentencia : 15 de Marzo del 2011

De cara a un proceso arbitral, el Consejo Superior de Arbitraje (CSA) del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, encargado de la designación de uno de los árbitros, había sido integrado por quien fue representante, asesor y abogado de una de las partes, por lo que se declaró Fundada la demanda. Sobre la independencia judicial el Tribunal afirmó:

- En su considerando 12 citó el fundamento 28 del Exp. 0023-2003-AI/TC (que antes se ha reproducido) sobre la definición de independencia judicial.

Caso sobre articulados de la Ley de la Carrera Judicial

Exp. 0019-2009-PI/TC

Demandante : Colegio de Abogados del Callao

Tipo de proceso : Inconstitucionalidad

Sentencia : 21 de Marzo del 2011

En un extremo se cuestionó la Ley 29277 –Ley de la Carrera Judicial, porque se dijo afectaba el principio de independencia judicial que se previera como falta grave (Art. 47. 8): “Desacatar las disposiciones contenidas en reglamentos, acuerdos y resoluciones que dicte la Corte Suprema de Justicia en materia jurisdiccional”. El Tribunal Constitucional advirtió que en estricto se cuestionaba que el juez debía acatar las “resoluciones” de la Corte Suprema (que podían ser resoluciones administrativas o jurisdiccionales, y en este último caso resoluciones firmes, resoluciones que contengan principios jurisprudenciales o resoluciones con efecto de precedente vinculante). Se declaró Infundada la demanda en este extremo, pues lo que se persigue es la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley, así como la promoción de la predictibilidad de las decisiones judiciales. Al respecto dijo:

- En su considerando 21 citó el fundamento 7 del Exp. 2465-2004-AA/TC, así como el fundamento 28 del Exp. 0023-2003-AI/TC para recordar lo que debe entenderse por independencia judicial, así como el fundamento 18 del Exp. 0004-2006-PI/TC sobre las dimensiones externa e interna de dicha independencia.
- “De ahí que al igual que lo que sucede con las sentencias de este Tribunal en materia constitucional, consideramos que la Corte Suprema, como órgano de clausura de la jurisdicción ordinaria, es la constitucionalmente llamada a garantizar la uniformidad de los criterios de interpretación de la ley y, al mismo tiempo, a quien se encargue la promoción de la predictibilidad de la Administración de Justicia. En ese contexto, es opinión de este Tribunal que la competencia legal para dictar

precedentes obligatorios no viola el principio de independencia judicial. Y, por las mismas razones, considera que la disposición cuestionada tampoco impide irrazonablemente que los jueces puedan aplicar el control difuso” (fundamento 23).

Caso notaria condenada con pericia de parte

Exp. 02568-2011-PHC/TC

Demandante : Lina del Carmen Amayo Martínez

Tipo de proceso : Hábeas Corpus

Sentencia : 9 de Noviembre del 2011

Resulta que teniendo Lina del Carmen Amayo Martínez la condición de notaria pública, se le siguió proceso penal por delito de defraudación tributaria en agravio del Estado y de la SUNAT, donde fue condenada esencialmente por el mérito de una pericia de parte presentada por la SUNAT, a pesar que durante el proceso se había advertido la necesidad de contar con un informe emitido por peritos judiciales, por lo que se declaró Fundada la demanda y se ordenó se actúe la citada pericia. Allí el Tribunal Constitucional sostuvo:

- En su considerando 7 se cita el fundamento 48 del Exp. 6149-2006-PA/TC (al que hemos aludido líneas arriba) para recordar que el derecho a un juez imparcial es un derecho tácito que está incluido dentro del derecho al debido proceso (derecho expreso).
- “Cuando el Estado ha otorgado a determinadas personas la facultad de ejercer los elementos de la jurisdicción, lo ha hecho justamente para asegurar que sea un tercero el que resuelva los conflictos jurídicos que puedan surgir entre privados, o, entre el Estado y los ciudadanos. Y es que sólo un tercero puede asegurar que el conflicto puesto a su conocimiento sea resuelto con objetividad. Esta posición de neutralidad implica un compromiso de respeto hacia las partes, por lo que crear desajustes durante el proceso que inclinen la balanza a favor de o en contra del imputado resultaría una grave violación a esta responsabilidad y desnaturalizaría la esencia del rol del Juez” (fundamento 14).

Caso Presidente de Corte Superior opina sobre proceso penal en trámite

Exp. 00512-2013-PHC/TC

Demandantes : Jesús Giles Alipazaga y otros

Tipo de proceso : Hábeas Corpus

Sentencia : 19 de Junio del 2013

Un ex –alcalde provincial y otras personas fueron incorporados en un proceso penal, con mandato de prisión preventiva, por los delitos de usurpación agravada y otros, a raíz del Acuerdo de Concejo que aprobó la reversión de un inmueble donado por la Municipalidad Provincial de Huánuco a favor de la Corte Superior de Justicia de esa jurisdicción. El problema era que el Presidente de esa Corte Superior había expresado públicamente su posición, en contra de los investigados y a favor de no entregar el terreno, sobre lo cual estimó el Tribunal que si bien los jueces no están sometidos jerárquicamente al presidente de su Corte, sí existe subordinación en cierto grado, por lo que se declaró Fundada la demanda y se ordenó se transfiera la competencia a otro Distrito Judicial. Acerca de la independencia judicial se argumentó:

- En su considerando 3.3.1. para definir la independencia judicial cita el fundamento 31 del Exp. 0023-2003-AI/TC (que líneas arriba hemos acotado).
- En su considerando 3.3.2. cita el fundamento 18 del Exp. 0004-2006-PI/TC (que líneas arriba hemos desarrollado) sobre la independencia externa e interna.
- En el considerando 3.3.3. cita el fundamento 48 del Exp. 6149-2006-PA/TC (que más arriba hemos mencionado) para recordar que el derecho a un juez imparcial es un derecho tácito que está incluido dentro del derecho al debido proceso (derecho expreso).
- En el mismo considerando 3.3.3. cita el fundamento 9 del Exp. 2465-2004-AA/TC (que ya hemos acotado) sobre el hecho de que la independencia e imparcialidad deben ser percibidas como una totalidad.
- En el considerando 3.3.4. cita el fundamento 14 del Exp. 02568-2011-PHC/TC (que también hemos mencionado más arriba) sobre la objetividad que garantiza que el conflicto sea resuelto por un tercero.

- En el considerando 3.3.5. cita el fundamento 20 del Exp. 0004-2006-PI/TC, que como vimos más arriba era a su vez la cita del fundamento 34 del Exp. 0023-2003-AI/TC, adhiriéndose a lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso De Cubber contra Bélgica del 26 de Octubre de 1984, sobre la importancia de las apariencias al momento de evaluar la imparcialidad de los jueces.
- El Tribunal Constitucional desarrolla lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos formuló como teoría de la apariencia (no sólo debe impartirse justicia, sino también parecer que eso se hace) en el Caso Delcourt vs. Bélgica el 17 de Enero de 1970, y que así aplicada a la imparcialidad es también aplicable a la independencia (fundamentos 3.3.6. y 3.3.7.)

Caso ordenan abrir instrucción a pesar de dictamen del fiscal superior

Exp. 02920-2012-PHC/TC

Demandante : Oscar Luis Castañeda Lossio

Tipo de proceso : Hábeas Corpus

Sentencia : 23 de Agosto del 2013

En un caso penal el juez declaró no haber lugar a la apertura de instrucción, por algunos de los delitos incluidos en la denuncia del fiscal provincial, extremo que apelado obligó al Fiscal Superior emitir dictamen, opinando a favor de que se confirme el archivo en ese extremo, a pesar de lo cual la Sala Penal ordenó abrir instrucción, por lo que el Tribunal Constitucional declaró Fundada la demanda. Sobre la independencia judicial afirmó:

- En su considerando 7 citó lo que en el Exp. 0004-2006-PI/TC había sostenido sobre la independencia judicial y sus dimensiones externa e interna.

Caso secretario judicial no reincorporado por medida cautelar

Exp. 01418-2012-PA/TC

Demandante : Luis Enrique Álvares Cáceres

Tipo de proceso : Amparo

Sentencia : 18 de Julio del 2014

En un proceso judicial, a través de una medida cautelar innovativa, el solicitante obtuvo su reposición provisoria como secretario jurisdiccional en la Corte Superior de Justicia del Cusco, pero en lugar de ejecutarse la medida se resolvió en su contra la oposición a la medida cautelar; lo que para el solicitante revelaba parcialización de los jueces a favor de la referida corte como demandada. El Tribunal Constitucional declaró Infundada la demanda, pues estimó que se tramitó y se acogió la oposición dentro del marco del Código Procesal Civil, que en efecto permite dicha articulación aun cuando la medida cautelar no haya sido ejecutada. Sobre la independencia judicial argumentó:

- En su considerando 4.3.1. cita el fundamento 31 del Exp. 0023-2003-AI/TC (antes resumido) sobre lo que debe entenderse sobre independencia judicial.
- Afirma que el principio de independencia de la función jurisdiccional tiene:
 - a) una dimensión externa –independencia externa –en virtud de la cual el juez no está sujeto a ningún interés que proceda de fuera de la organización judicial, ni debe admitir presión alguna; y b) una dimensión interna –independencia interna –que implica que salvo medie recurso impugnatorio, la autoridad judicial no está sujeta a la voluntad de otro órgano jurisdiccional y tampoco a los intereses de los órganos de gobierno (fundamento 4.3.2.)
- En su considerando 4.3.3. cita el fundamento 48 del Exp. 6149-2006-PA/TC (que antes hemos reproducido) para recordar que el derecho a un juez imparcial es un derecho tácito que está incluido dentro del derecho al debido proceso (derecho expreso).
- En el mismo considerando 4.3.3. cita el fundamento 9 del Exp. 2465-2004-AA/TC (que ya hemos comentado) sobre el hecho de que la independencia e imparcialidad deben ser percibidas como una totalidad.

Caso condenado a quien se le eleva la pena

Exp. 04375-2015-PHC/TC

Demandante : Luis Miguel Palomino Vargas

Tipo de proceso : Hábeas Corpus

Sentencia : 19 de Abril del 2017

El solicitante había sido condenado por sentencia anticipada a 15 años de pena privativa de la libertad por delito de parricidio y en segunda instancia la Sala Penal Suprema le impuso 30 años, por lo que cuestionó entre otros puntos, que la presión social fue un factor exógeno que afectó el principio de independencia judicial. El Tribunal Constitucional advirtió en este extremo que no habían pruebas o indicios que objetivamente hicieran dudar de la imparcialidad del juez, por lo que se declaró Infundada la demanda. Sobre la independencia e imparcialidad del juez sostuvo:

- En su considerado 12 cita el fundamento 18 del Exp. 0004-2006-PI/TC (que líneas arriba hemos mencionado) sobre la independencia externa e interna.
- En su considerando 13 cita el fundamento 48 del Exp. 6149-2006-PA/TC (que más arriba hemos reproducido) para recordar nuevamente que el derecho a un juez imparcial es un derecho tácito que está incluido dentro del derecho al debido proceso (derecho expreso).
- En el considerando 14 se cita el fundamento 9 del Exp. 2465-2004-AA/TC (ya mencionado) sobre el hecho de que la independencia e imparcialidad deben ser percibidas como una totalidad.

La línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional no ha cambiado y en esencia se remite a lo que en los Exp. 0023-2003-AI/TC (año 2004), 2465-2004-AA/TC (año 2004), 0004-2006-PI/TC (año 2006) y 6149-2006-PA/TC (año 2006) ya delineó lo que debe entenderse por independencia judicial, sus dimensiones y su relación con la imparcialidad. Está claro que para dicho Tribunal, la independencia de quien imparte justicia supone que esté libre de presiones externas (desde afuera de la institución) e internas (dentro de la misma institución), salvo en este último caso que su decisión sea enmendada por el superior cuando media recurso impugnatorio. Sin embargo, no encuentra que se afecte la independencia cuando se obliga al juez a aplicar los dispositivos constitucionales, de acuerdo a la interpretación que de ellos hace en última instancia el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución.

Es obvio que el Tribunal Constitucional tenga que defender sus fueros y para ello tiene a su favor la 1ª Disposición Final de su Ley Orgánica –Ley 28301 que señala que los jueces interpreta la ley según los preceptos de orden constitucional, acorde con la interpretación de las resoluciones del Tribunal Constitucional, bajo responsabilidad, pero como insistiremos más adelante, por encima de dicha disposición legal está la Constitución (Art. 139.2 y 146.1) que garantiza la independencia del juez en el ejercicio de la función jurisdiccional, encontrándose sometido sólo a dicha Constitución y la ley. Por lo demás, la existencia de un intérprete “máximo” que tiene la última palabra se erige así en un intérprete que tiene un poder sin control; lo que riñe con el diseño de pesos y contrapesos dentro del marco de la división de poderes (competencias), peor aún si confrontamos un órgano constitucional como lo es el Tribunal versus el Poder Judicial; lo que analizaremos en el acápite 20.

16. Independencia judicial según la justicia supranacional

La justicia supranacional también ha tenido oportunidad de delinear lo que debe entenderse por independencia judicial, por lo que a continuación citaremos una serie de pronunciamientos en orden cronológico:

Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú

Sede : Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

A favor de : Magistrados del Tribunal Constitucional peruano

Sentencia : 31 de Enero del 2001

En el año 1997 el Tribunal Constitucional peruano dictó sentencia en el Exp. 002-96-I/TC, declarando inaplicable la denominada Ley de Interpretación Auténtica –Ley 26657 (en virtud del cual el Ingeniero Fujimori pretendía una segunda reelección), a lo que respondió el Parlamento –con mayoría oficialista –aprobando acusación constitucional contra los Magistrados del Tribunal Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur. La CIDH declaró por unanimidad que el Estado peruano violó el derecho a las garantías judiciales, así como el derecho a la

protección judicial, consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre la independencia judicial resaltó:

- “Esta Corte considera que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución” (párrafo 73).
- “Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas” (párrafo 75).

Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela

Sede : Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
 A favor de : Jueces de la Corte Primera Contencioso Administrativo
 Sentencia : 5 de Agosto del 2008

En el año 2003, durante el gobierno del Presidente Hugo Chávez en Venezuela, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (CFRSJ) destituyó a los Jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera; órgano jurisdiccional encargado de revisar las actuaciones administrativas del gobierno. La CIDH en un extremo concluyó que el Estado violó el derecho de los ex –jueces a ser juzgados por un tribunal independiente. Acerca de la independencia judicial sostuvo:

- “Así, esta Corte ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la

protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación” (párrafo 55).

- “Ahora bien, los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior. Ello preserva la independencia interna de los jueces, quienes no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones, el cual, en definitiva, sólo ejerce una función judicial diferenciada y limitada a atender los puntos recursivos de las partes discordantes con el fallo originario” (párrafo 84).

Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela

Sede : Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

A favor de : Ex –Juez María Cristina Reverón Trujillo

Sentencia : 30 de Junio del 2009

En el año 2002 la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (CFRSJ) de Venezuela destituyó a la Juez María Cristina Reverón Trujillo por presunta inconducta funcional, y si bien la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA) decretó la nulidad de la destitución, no ordenó la restitución en el cargo de la ex –juez con el pretexto de que el sistema judicial se encontraba en un proceso de reestructuración y estaban en concurso todos cargos judiciales. La CIDH declaró por mayoría que el Estado venezolano violó diversos derechos previstos en la Convención (por considerar entre otras cosas que los jueces provisorios no cuenta con la garantía de inamovilidad) y ordenó que se reincorporara a la víctima. Sobre la independencia judicial argumentó:

- “Ahora bien, los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como esencial para el ejercicio de la función judicial” (párrafo 67).
- En el mismo párrafo 67 agrega que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado tanto en su dimensión institucional como en

su faceta individual, como ya lo había dicho en el párrafo 55 del Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.

- “El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona” (párrafo 68).
- En el párrafo 70 vuelve a citar a la Corte Europea, para recordar que la independencia del juez supone que se cuente con “un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas”, como lo dijo en el párrafo 75 del Caso Tribunal Constitucional vs. Perú.
- “De todo esto se puede concluir que la inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción” (párrafo 79).

Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela

Sede : Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

A favor de : Ex –Juez Mercedes Chocrón Chocrón

Sentencia : 1 de Julio del 2011

El caso es de una magistrada cuya designación fue dejada sin efecto en virtud de unas “observaciones” que a criterio de la CIDH nunca fueron precisados, estableciendo como criterio que los jueces provisorios y temporales deben contar con cierta estabilidad, pues provisionalidad no equivale a libre remoción, de modo que en el caso particular, la víctima sólo podía ser removida dentro de un debido procedimiento disciplinario y mediando acto administrativo debidamente motivado. Respecto a la independencia judicial afirmó:

- En el párrafo 97 recordó que la importancia de la protección de la independencia del juez radica en “evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen

funciones de revisión o apelación”, tal como lo había señalado en el párrafo 55 del Caso Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.

- En el párrafo 98 vuelve a citar a la Corte Europea, para recordar que la independencia del juez supone que se cuente con “un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas”, como lo indicara en el párrafo 70 del Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela y en el párrafo 75 del Caso Tribunal Constitucional vs. Perú.

Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador

Sede : Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
 A favor de : 27 Magistrados de la Corte Suprema del Ecuador
 Sentencia : 23 de Agosto del 2013

En virtud de resolución parlamentaria del 8 de Diciembre del 2004 se ordenó la remoción de 27 magistrados de la Corte Suprema del Ecuador, declarando por unanimidad la CIDH que el Estado es responsable de la violación de diversos derechos contemplados en la Convención, porque las 27 víctimas fueron cesadas por un órgano incompetente que no les otorgó la posibilidad de ser oídos, afectándose su derecho a la permanencia en la función y por ende a su independencia judicial, sobre lo cual afirmó:

- “El Tribunal reiteró que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación” (párrafo 144), como lo había señalado antes en el párrafo 55 del Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.
- En el párrafo 154 insiste en que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado tanto en su dimensión institucional como en su faceta individual, como ya lo había señalado en el párrafo 67 del Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela y en el párrafo 55 del Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.

Caso del Tribunal Constitucional (Caba Campos y otros) vs. Ecuador

Sede : Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
 A favor de : 8 jueces del Tribunal Constitucional de Ecuador
 Sentencia : 28 de Agosto del 2013

Mediante Resolución del Congreso de fecha 25 de Noviembre del 2004 se cesó a 8 jueces del Tribunal Constitucional del Ecuador. La CIDH declaró por unanimidad que el Estado fue responsable de la violación de diversos derechos consagrados en la Convención, pues –entre otras cosas –hubo un cese arbitrario y juicios políticos donde se afectaron garantías judiciales y consecuentemente la independencia judicial (derecho a permanecer en el cargo) y la imparcialidad. En cuanto a la independencia judicial sostuvo:

- En el párrafo 198 reitera que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado tanto en su dimensión institucional como en su faceta individual, como ya lo había señalado en el párrafo 154 del Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, en el párrafo 67 del Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela y en el párrafo 55 del Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.
- “Teniendo en cuenta los estándares señalados anteriormente, la Corte considera que “i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces y las juezas en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial” (párrafo 199).

Caso López Lone y otros vs. Honduras

Sede : Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
 A favor de : Jueces Adán Guillermo López Lone y otros
 Sentencia : 5 de Octubre del 2015

En el contexto del golpe de Estado acaecido en Honduras en el mes de Junio del año 2009, los jueces Adán Guillermo López Lone y otros, que

formaban parte de la “Asociación Jueces por la Democracia”, fueron sometidos a procedimientos disciplinarios y como consecuencia de ello destituidos y separados del Poder Judicial. La CIDH declaró por unanimidad que el Estado fue responsable de la violación de diversos derechos consagrados en la Convención, pues el procedimiento disciplinario y posterior sanción obedecieron a una restricción indebida de la libertad de expresión de las víctimas, así como su derecho de reunión y derechos políticos. También se declaró que hubo afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función y por ende a la independencia judicial, ordenándose entre otras cosas la reincorporación de los afectados. Acerca de dicha independencia judicial argumentó:

- “Es posible concluir entonces que, en momentos de crisis democráticas, como la ocurrida en el presente caso, no son aplicables a las actuaciones de los jueces y de las juezas en defensa del orden democrático las normas que ordinariamente restringen su derecho a la participación en política. En ese sentido sería contrario a la propia independencia de los poderes estatales así como a las obligaciones internacionales del Estado derivadas de su participación en la OEA, que los jueces y juezas no puedan pronunciarse en contra de un golpe de Estado” (párrafo 174).
- En el párrafo 191 insiste en resaltar que la independencia del juez supone que se cuente con un adecuado proceso para el nombramiento, la inamovilidad en el ejercicio del cargo y la garantía contra presiones externas, como se señaló en el párrafo 70 del Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela y en el párrafo 75 del Caso Tribunal Constitucional vs. Perú.
- “Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha establecido que i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces y las juezas en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial” (párrafo 192). Con esto se

reproduce palabras más o menos, lo señalado en el párrafo 199 del Caso Caso del Tribunal Constitucional (Caba Campos y otros) vs. Ecuador.

- En el párrafo 194 insiste en recordar que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado tanto en su dimensión institucional como en su faceta individual, como ya lo había sostenido en el párrafo 154 del Caso de la Corte Suprema vs. Ecuador, en el párrafo 67 del Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela y en el párrafo 55 del Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.

Caso Durand y Ugarte vs. Perú

Sede : Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

A favor de : Jueces del Tribunal Constitucional peruano

Resolución : 17 de Diciembre del 2017 (Medidas Urgentes)

El 14 de Diciembre del 2017 la Comisión Permanente del Congreso peruano aprobó que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales investigue a 4 de los miembros del Tribunal Constitucional: Manuel Miranda, Marianella Ledesma, Carlos Ramos y Eloy Espinoza, a raíz de lo que se resolvió en el denominado caso “El Frontón”, ante lo cual dichos Magistrados recurrieron a la CIDH para denunciar amenaza a su independencia, resolviendo ésta como Medida Urgente que se suspenda dicha investigación congresal hasta que el Pleno de dicha Corte conozca el caso en sesión ordinaria. Sobre la independencia judicial se argumentó:

- En el párrafo 19 recordó la importancia de que “se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento”, como lo había señalado en el párrafo 75 del Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.
- En el mismo párrafo 19 reiteró que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado tanto en su dimensión institucional como en su faceta individual, tal cual lo había recordado en el párrafo 198 del Caso del Tribunal Constitucional (Caba Campos y otros) vs. Ecuador, en el párrafo 154 del Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, en el párrafo 67 del Caso Reverón Trujillo vs.

Venezuela y en el párrafo 55 del Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.

La Medida Urgente aprobada por Resolución del 17 de Diciembre del 2017, por mayoría fue ratificada como Medidas Provisionales mediante Resolución de la CIDH del 8 de Febrero del 2018, requiriéndose al Estado peruano archive el procedimiento de acusación constitucional.

Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela

Sede : Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
 A favor de : Rocío San Miguel Sosa y otras
 Sentencia : 8 de Febrero del 2018

En el mes de Marzo del 2004 se dio por concluidos los contratos de servicios que tenían Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña con el Consejo Nacional de Fronteras (adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores), después que ellas firmaron una solicitud de convocatoria a referendo para revocar el mandato del entonces Presidente Hugo Chávez. En un extremo, la CIDH se pronunció en el sentido que el Estado fue responsable por violación de los derechos a la participación política y acceso a la justicia (por unanimidad), así como por violación del derecho al trabajo (por mayoría). Acerca de la independencia judicial argumentó que:

- “Asimismo, la Corte IDH ha considerado reiteradamente que el objetivo de la garantía de independencia de los jueces radica en evitar que el sistema judicial y sus integrantes se vean sometidos a restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación” (párrafo 45 del voto concurrente), como lo había señalado antes en el párrafo 144 del Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador y en el párrafo 55 del Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.
- “Además, la garantía de la independencia judicial abarca la garantía contra presiones externas, de tal forma que el Estado debe abstenerse de

realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes, es decir, en relación con la persona del juez específico, debe prevenir dichas injerencias y debe investigar y sancionar a quienes las cometan” (párrafo 45 del voto concurrente).

Caso Villaseñor Velarde y otros vs. Guatemala

Sede : Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

A favor de : Ex –Juez de Guatemala

Sentencia : 5 de Febrero del 2019

Durante la década de 1990 y hasta el 2013 la ex –juez María Eugenia Villaseñor Velarde fue víctima de actos de amenaza e intimidación, concluyendo en su caso la CIDH que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales y protección judicial. Sobre la independencia judicial sostuvo:

- “La Corte ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado, siendo la garantía de la independencia de los jueces uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos” (párrafo 83).
- “La garantía de independencia judicial abarca la garantía contra presiones externas, de tal forma que el Estado debe abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes y adoptar acciones para evitar que tales injerencias sean cometidas por personas u órganos ajenos al poder judicial” (párrafo 84).

Por otro lado, en la Corte Europea, en su decisión del 27 de Enero de 1989 (Langborger Case), se dijo que la independencia de cualquier juez implica contar con un adecuado proceso para su nombramiento, con una duración predeterminada para el ejercicio del cargo y con una garantía contra las presiones externas.

SUBCAPÍTULO III

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

17. Estado Constitucional de derecho

En el Estado legal de derecho, las normas jurídicas serán entendidas como válidas no por ser justas, sino en la medida que provienen del parlamento, de modo que los jueces sólo deben limitarse a su aplicación (el denominado “juez boca de la ley” por MONTESQUIEU). Por efecto de las experiencias negativas de los regímenes totalitarios imperantes (por ejemplo el nacionalismo) hasta la segunda postguerra, se abandonó la idea de la infalibilidad de las leyes y se cayó en la cuenta que el parlamento también podía cometer lamentables excesos, desarrollándose así la creación de tribunales constitucionales que pudieran ejercer el control jurisdiccional y la defensa de los derechos fundamentales.

Para FERRAJOLI, existe una mutación de paradigma sobre condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas: “el modelo paleo –iuspositivista, que podemos precisamente llamar estado legislativo de derecho (o estado legal), producido con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad, y el modelo neo –iuspositivista, que llamamos en cambio estado constitucional de derecho (o estado constitucional), producto a su vez de la difusión en Europa, justo tras la segunda guerra mundial, tanto de las constituciones rígidas como normas de reconocimiento del derecho válido como del control de constitucionalidad sobre las leyes ordinarias”⁸¹.

En el derecho pre-moderno, de formación legislativa si no jurisprudencial y doctrinal, no había establecido un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas; luego, el Estado de derecho ve la luz en la forma del estado

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 2. *Teoría de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 32.

legislativo de derecho, con la afirmación del principio de legalidad para identificar el derecho válido, con independencia de su valoración como justo.

Este primer cambio de paradigma (del derecho común pre-moderno al derecho positivo del primer Estado de derecho) se manifiesta a su vez en cuatro cambios:

- 1) Sobre los presupuestos de validez y existencia de las normas; en lugar del prestigio de los doctores o eruditos, la verdad o la sustancia, el cambio es a favor de la autoridad de la fuente de producción, la legalidad y la forma: el positivismo en lugar de la concepción iusnaturalista;
- 2) En cuanto a la jurisdicción, deja de ser ésta fuente jurisprudencial del derecho, para ahora estar sometida a la ley y al denominado principio de legalidad,
- 3) Respecto a la ciencia jurídica, deja de ser un discurso normativo, para ser una disciplina que tiene como objeto de estudio al derecho positivo, dedicándose a la interpretación de leyes y códigos, y,
- 4) La separación entre la ciencia jurídica y la filosofía política.

Un segundo cambio de paradigma tendrá lugar con la introducción de las constituciones rígidas, de modo que de la subordinación a la ley, ésta misma pasará ahora a ser subordinada de la constitución; de lo que se derivan nuevas mutaciones:

- 1) La validez y existencia de las normas ya no estará sometida sólo a las reglas de formación, sino que además será necesaria su conformidad con la constitución,
- 2) La jurisdicción estará sometida a la ley siempre que sea considerada constitucionalmente válida por el juez,

3) La ciencia jurídica ya no será meramente descriptiva, sino crítica de su propio objeto, y

4) La doctrina acerca los límites de los poderes del Estado, se formula ya no como filosofía política de manera aislada, sino como teoría jurídica del Estado de derecho y de la democracia constitucional⁸².

18. Control difuso y concentrado

Cuando el *Chief Justice* EDWARD COKE del Tribunal del *Common Pleas*, emite en 1610 su decisión en el *Bonham's case (The College Physicians v. Dr. Thomas Bonham)*, para muchos sienta el más claro antecedente de la creación de la técnica del “*judicial review*” como control de la constitucionalidad de las leyes, aunque con exactitud lo que hizo fue destacar que si una ley va contra el sentido común o la razón, entonces el *common law* debe declarar su invalidez.

En resumen, el Dr. Thomas Bonham, que había estudiado medicina en Cambridge, fue arrestado después que no pagó una multa que le impuso el Colegio de Médicos de Londres, porque aquél estaba ejerciendo sin licencia de ese gremio. Bonham obtuvo un *hábeas corpus* y posteriormente reclamó 100 libras al Colegio de Médicos por los daños derivados, obteniendo la decisión favorable del Tribunal del *Common Pleas* presidido por COKE, pues a pesar que el Colegio estaba autorizado por ley a imponer sanciones a quienes no otorgaba licencia, se estimó que el encarcelamiento sólo estaba reservado para la mala praxis (que no era el caso) y que en el caso de la multa no podía ser juez y parte, ya que los censores del Colegio recibían la mitad del importe.

⁸² FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit., p. 32-37.

La doctrina identifica que el equivalente en Estados Unidos está representado por el caso *Marbury vs. Madison*. El 4 de Febrero de 1801 el hasta entonces Secretario de Estado John Marshall juraba como Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, durante el gobierno del saliente Presidente John Adams, quien además designó 42 Jueces de Paz para el distrito de Columbia, procediéndose a su inmediata notificación, pero cuatro nombramientos no llegaron a sus destinatarios, entre ellos William Marbury.

Cuando en el mes de Marzo asume la Presidencia Thomas Jefferson, ordenó a su Secretario de Estado James Madison que retuviera las designaciones pendientes, por lo que Marbury y los otros tres perjudicados recurrieron a la Corte Suprema solicitando que a través del *writ of mandamus* ordenara a Madison que los pusieran en funciones. Por sentencia dictada el 24 de Febrero de 1803, la Corte Suprema presidida por Marshall rechaza la petición, argumentando que si bien por ley la Corte estaba habilitada para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos, la Constitución reservaba esta posibilidad por competencia en apelación y no originaria.

Delineada así la historia del caso *Marbury vs. Madison*, “caeremos en la cuenta de que los actores de esta contienda –no en el sentido procesal del término, sino en su dimensión sociológica –eran, en el mejor de los supuestos, bastante improbables para sentar las bases del *judicial review*. El contexto *político* en que se desenvolvió la causa hacía presagiar tal vez un grave conflicto institucional, un *choque de poderes*, un bloqueo interorgánico. En cambio, lo que resultó de un modo mediato, fue todo lo contrario: un *re-equilibrio* para fortalecer aún más el sistema de *frenos y contrapesos* que instauró la constitución norteamericana”⁸³.

En efecto, el Presidente saliente John Adams era del partido federalista y su intención política al designar a su Secretario de Estado John Marshall como *Chief Justice* no era otro que dejar un poder judicial hostil (*court –packing*

⁸³ BIDART CAMPOS, Germán J. y Walter F. CARNOTA, *Derecho Constitucional Comparado*, Tomo I, 1ª Reimpresión, EDIAR, Buenos Aires, 2001, p. 119.

plan) para entorpecer el gobierno del Presidente entrante Thomas Jefferson del partido demócrata –republicano. Rodeada así de fuertes presiones políticas, la Corte Suprema bajo la presidencia de Marshall emite la comentada sentencia, argumentando que Marbury sí tenía derecho al nombramiento y que sí tenía a su favor el remedio o recurso para hacer valer su derecho, pero que no había recurrido a la instancia competente, pues si bien la Ley Judicial de 1789 lo facultaba a deducir mandamiento directamente ante la Corte, esto vulneraba el texto constitucional porque ampliaba inválidamente la competencia originaria del Tribunal.

Entonces, aun cuando Marshall resuelve en contra de su correligionario político, pareciendo ceder al nuevo escenario político, “reservó para el poder judicial lo que iba a configurar su arma más poderosa: la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un decreto (lo que los franceses llaman *pouvoir d’empêcher*)”⁸⁴.

Así, para la *judicial review*, conocida también como Sistema Americano o de “control difuso”, cualquier juez está habilitado para ejercer el control judicial de la constitucionalidad de los actos de la administración pública, expresados en normas de menor rango que la Constitución. En contraposición, en el sistema de “control concentrado” se encarga a un órgano exclusivo o *ad hoc* el control de la constitucionalidad, siguiendo el modelo del Tribunal Constitucional Austriaco diseñado en la Constitución de 1920, inspirado en la teoría de HANS Kelsen.

De hecho, antes, en la Constitución Suiza de 1874 se encargó al Tribunal Federal el control constitucional, pero sólo en cuanto a las disposiciones de carácter local (cantonal) y también puede citarse la Constitución Alemana de Weimar de 1919, que no prohibió de manera expresa la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, pero el sistema no logró imponerse⁸⁵.

⁸⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. y Walter F. CARNOTA, Op. Cit., p. 122.

⁸⁵ FIX –ZAMUDIO, Héctor, *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª Edición, México D.F., 1980, p. 17 -18.

Entonces, aun cuando la sentencia del *Chief Justice* EDWARD COKE en Inglaterra (1610) sería el antecedente del sistema de control difuso y con ello del fortalecimiento de la judicatura, la verdad es que con la Revolución de 1688 (conocida como Revolución Gloriosa, cuando se derrocó a Jacobo II) se consolidó el poder del Parlamento, cuya soberanía era defendida por WILLIAM BLACKSTONE. Por eso, después de la sentencia de John Marshall (1803), fue en Estados Unidos donde se desarrolló con más claridad este sistema, mereciendo por eso el nombre de Sistema o Modelo Americano, sin dejar de lado otro importante antecedente plasmado en el caso *Cooper vs. Aaron*, donde por sentencia dictada en 1958 la Suprema Suprema se autoproclama intérprete supremo y vinculante de la Constitución.

Aquí el escenario era distinto, pues antes de su Independencia (1776) los colonos estaban inconformes con las leyes del Parlamento Inglés y en la necesidad de controlar el poder, se depositó la confianza en los jueces. Otra explicación es que en los Estados Unidos, durante la época colonial, las leyes del Parlamento inglés eran ordenamientos superiores a las cartas coloniales que después se convirtieron en constituciones estatales, que a su vez lo eran respecto de las leyes y decretos expedidos por los gobernadores de los nuevos estados, de modo que se modeló un sistema jerarquizado a diferencia de Inglaterra donde la única categoría de leyes era la que expedía el Parlamento, de modo que fue desde la etapa colonial americana que surgió la práctica de preferir una ley superior sobre la inferior.

Con tales antecedentes, la característica principal del control difuso es que en este modelo cualquier juez puede ejercer el control de la constitucionalidad, inaplicando la ley contraria a la Constitución en el caso concreto que resuelve; por eso mismo, la sentencia sólo tienen efectos para las partes del proceso, aunque puede generar un antecedente para futuros casos.

Uno de los inconvenientes del modelo es precisamente que los efectos de la sentencia sólo vinculan a las partes del proceso, por lo que un tercero al que

la misma ley lo afecta, tiene que promover otro proceso a su favor, donde el juez probablemente no declare la inaplicación de dicha ley. Contrariamente, en el modelo de control concentrado, es un órgano *ad hoc*, Tribunal Constitucional, el que ejerce el control de la constitucionalidad, teniendo sus decisiones efecto *erga omnes* y en muchos casos actúa como legislador negativo cuando declara la inconstitucionalidad de una norma.

La importancia, por otro lado, del control de la constitucionalidad, no se aprecia desde el punto de vista constitucional, sino político. “La judiciocracia o gobierno de los jueces sólo acusa a su favor un fragmento bastante exiguo de poder, sin que por eso la comprobación nos lleve a negar la importancia política que juega el control judicial de constitucionalidad allí donde se ejercita verdaderamente y de manera amplia”⁸⁶.

19. El Tribunal Constitucional. Orígenes

“Después de la Primera Guerra Mundial (1919), pareció como si sobre todos los problemas de índole constitucional se hubiese abatido una colosal ola de revisión crítica, que obligaba a que cualquier concepto debería ser necesariamente examinado de nuevo y replanteado en función de las nuevas formas y principios que definen las relaciones políticas”⁸⁷; lo que incluía obviamente el debate sobre la naturaleza de la Constitución y lo que realmente significaba lo político

Sobre el fascismo en Italia o el nacionalsocialismo en Alemania, sus partidos “fueron crecimientos degenerados productos de la desmoralización de la primera Guerra Mundial; sus dirigentes fueron demagogos y, a juzgar por sus realizaciones, su desarrollo fue simplemente destructivo. Sus llamadas filosofías eran mosaicos de viejos prejuicios, reunidos sin tener en cuenta la

⁸⁶ BIDART CAMPOS, Germán J. y Walter F. CARNOTA, Tomo II, Op. Cit., p. 85.

⁸⁷ LOMBARDI, Giorgio, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Editorial Tecnos, Madrid, 2009, p. XXVI.

verdad ni la coherencia, para apelar no a propósitos comunes sino a miedos y odios comunes”⁸⁸. Terminada la Primera Guerra Mundial en 1918, en el año 1920 verá la luz en Austria el Tribunal Constitucional diseñado por el jurista Hans Kelsen.

“Sólo en la segunda posguerra, justo tras la derrota del nazi –fascismo, se reconoció y sancionó, con la institución de la garantía constitucional de la anulación de las leyes inconstitucionales por obra de tribunales *ad hoc*, la rigidez de las constituciones como normas supraordenadas a la legislación ordinaria. Y no es casual que esta garantía fuera introducida en Italia y Alemania, y después en España y Portugal, donde se redescubrió, tras la experiencia de las dictaduras fascistas y del consenso de masas del que habían gozado, el papel de la constitución como límite y vínculo de los poderes de mayoría según la noción de ella estipulada dos siglos antes en el artículo 16 de la Declaración de 1789: no hay constitución allí donde *no esté asegurada la garantía de los derechos fundamentales ni establecida la separación de poderes*; que son exactamente los dos principios y valores negados por el fascismo y que son su negación”⁸⁹.

No olvidemos que con la introducción de las constituciones rígidas pasamos al modelo de Estado constitucional de derecho, donde la la ley misma estará subordinada a ella. “Aunque los antecedentes primigenios de los tribunales constitucionales dimanan de la vieja propuesta planteada por Immanuel Sieyès a través de su *Jury Constitutionnaire*, es con el planteamiento del Kelsen y del influjo que su propuesta tuvo en la creación del Tribunal Constitucional austriaco de 1920, que los tribunales constitucionales aparecen en el firmamento de los organismos constitucionales creados con un fin específico: la defensa de la Constitución”⁹⁰.

⁸⁸ SABINE, George H., Historia de la Teoría Política, Fondo de Cultura Económica, 3ª Edición en español corregida y aumentada 1994, 1ª reimpresión 1996, México D.F., p. 652.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit., p. 40.

⁹⁰ ETO CRUZ, Gerardo, *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*, Editorial ADRUS, 4ª Edición, Lima, Octubre del 2011, p. 190.

“Los Tribunales Constitucionales aparecen históricamente bien con ocasión de la creación de nuevos regímenes democráticos, en muchos casos tras experiencias de vulneración, con toda impunidad, e incluso por parte del legislador, de los mandatos constitucionales, dando lugar a la transformación de regímenes constitucionales en totalitarios (así en Alemania, en la experiencia de entreguerras) o bien en países en que la historia ha mostrado la presencia permanente de fuertes tendencias anticonstitucionales que se expresan incluso en el comportamiento de los más altos poderes del Estado”⁹¹.

“Lo que tiene lugar después de 1945, con el fin de la Segunda Guerra Mundial, es una general *recepción* dentro y fuera de Europa de ideas e instituciones distintivas de la cultura constitucional americana, entre ellas, y destacadamente, la institución del control de constitucionalidad”⁹².

“El papel protagonista de los Estados Unidos en la victoria militar, en la liberación de Europa y el Sudeste asiático, procuraron a este país un enorme prestigio político internacional y una posición indiscutible como líder del futuro nuevo orden mundial”⁹³. Culminada la Segunda Guerra Mundial (1945) comenzarán a funcionar el Tribunal Constitucional Italiano en 1948, el Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1949 y el Consejo Constitucional Francés en 1959.

En términos generales, los Tribunales Constitucionales no sólo cumplen el papel de la defensa de la Constitución, sino la de creación mediante interpretación; lo que es posible en tanto que se consideran órganos jurisdiccionales, por lo que “no pueden actuar por impulso propio, sino en procedimientos iniciados por otros, o constitucionalmente determinados. Este carácter jurisdiccional (estén o no integrados dentro de la pirámide

⁹¹ LÓPEZ GUERRA, Luis, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 3ª Edición, Madrid, Mayo del 2008, p. 18.

⁹² AHUMADA, Marian, *La expansión del control de la constitucionalidad y el sistema de los tribunales constitucionales*, En: *Tribunales Constitucionales y Democracia*, Compilación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., Agosto del 2008, p. 73.

⁹³ AHUMADA, Marian, Op. Cit., p. 75.

judicial) confiere a los Tribunales Constitucionales la necesaria legitimidad para adoptar resoluciones de innegables consecuencias políticas”⁹⁴.

20. El Tribunal Constitucional peruano y la división de poderes

En el Perú, la relación del Tribunal Constitucional con el Poder Legislativo pasó por su máxima tensión, cuando en el Exp. 002-96-I/TC dictó sentencia en el año 1997, declarando inaplicable la denominada Ley de Interpretación Auténtica –Ley 26657 (en virtud del cual el Ingeniero Fujimori pretendía una nueva re –reelección), a lo que respondió el Parlamento –con mayoría oficialista –aprobandando acusación constitucional contra los Magistrados del Tribunal Constitucional Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur. Por otro lado, la relación del Tribunal Constitucional con el Poder Ejecutivo también copó la atención, cuando en el 2013, a pesar que el Presidente Ollanta Humala recomendó que el Tribunal Constitucional no emita fallos sobre “temas sensibles”, éste en ejecución de la sentencia emitida en el Exp. 00022-1996-PI/TC concedió un plazo para que se pagaran los bonos de la deuda agraria bajo el criterio valorista.

En el año 2017 la Comisión Permanente del Congreso aprobó que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales investigue a 4 de los miembros del Tribunal Constitucional: Manuel Miranda, Marianella Ledesma, Carlos Ramos y Eloy Espinoza, por lo que resolvieron en el denominado caso “El Frontón”, ante lo cual dichos Magistrados recurrieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para denunciar amenaza a su independencia, resolviendo ésta con fecha 17 de Diciembre del 2017 que se suspenda dicha investigación congresal hasta que el Pleno de dicha Corte conozca el caso en sesión ordinaria.

⁹⁴ LÓPEZ GUERRA, Luis, Op. Cit., p. 20-21.

Con el Poder Judicial la relación no ha sido menos tensa, como cuando el Tribunal expidió sentencia en el 2008 en el Exp. 00728-2008-PHC/TC, por la que cuestionó la motivación relativa a la valoración de las pruebas y declaró nula la ejecutoria dictada por la Primera Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema, en el proceso penal seguido contra Giuliana Llamoya Hilaes por delito de parricidio; o como cuando en el 2009, el Tribunal dictó sentencia en el Exp. 3509-2009-PHC/TC, ordenando que una Sala Penal excluya al General EP (r) Walter Chacón Málaga del proceso que se le venía siguiendo por el delito de enriquecimiento ilícito, presuntamente cometido durante el gobierno del Ing. Alberto Fujimori.

Las decisiones del Tribunal Constitucional también lo han “enfrentado” a otros organismos, como cuando entre el 2004 y el 2006 expidió sentencias en los Exp. 2366-2003-AA/TC (caso Espino Espino), 5854-2005-PA/TC (caso Lizana Puelles) y 2730-2006-PA/TC (caso Castillo Chirinos), dejando claro que no son zonas exentas de control constitucional las decisiones en materia electoral del Jurado Nacional de Elecciones, el que vio en estas decisiones una clara invasión de sus competencias. También, el 30 de Abril del 2014, en ejecución de sentencia Exp. 01044-2013-PA/TC expidió la resolución Exp. 00791-2014-PA/TC declarando la nulidad del nombramiento de dos Fiscales Supremas y nombrando en su lugar al Fiscal Mateo Castañeda; lo que fue denunciado por el Consejo Nacional de la Magistratura como una clarísima intromisión en sus funciones exclusivas.

En España, en el denominado caso “caso URBANOR” sobre estafa y falsedad, que involucraba millones de euros, en Febrero del 2008 el Tribunal Constitucional anuló la sentencia condenatoria que había dictado el Tribunal Supremo, mientras que en Colombia podemos citar la sentencia de Agosto del 2008 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, por la que se declara inoponible una sentencia de la Corte Constitucional, asumiendo que las sentencias de ésta última también son revisables vía acción de tutela.

“La cuestión de la división de poderes como límite de la actividad jurisdiccional de TC es delicada si se tiene en cuenta que el TC tiene

justamente como función la de control de otros poderes del Estado”⁹⁵. Por eso, no extrañan las pasiones que desatan las decisiones del Tribunal Constitucional, cuando los efectos de sus decisiones alcanzan a las competencias de otros organismos. Pero se puede notar que estas decisiones no sólo lo enfrentan a otros órganos autónomos como el Jurado Nacional de Elecciones o el Consejo Nacional de la Magistratura, sino a los clásicos Poderes del Estado.

BIDART CAMPOS sostiene: “¿Quién tiene más poder en el juego? Tal vez sea una cuestión de valoración subjetiva. ¿Qué poder es más poder: el de dictar la ley, o el *powoir d’empêcher* –el poder de impedir que se aplique –? Diga cada cual lo que mejor le parezca. Nosotros decimos: el que impide. Es la última palabra. ¿Es el poder que gana en el juego? En derecho constitucional no es bueno decir que un poder gana o pierde; es mejor decir que gana la Constitución”⁹⁶.

Por eso, “en la actualidad la teoría del equilibrio de poderes no debe observarse sólo entre las clásicas instituciones (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). En las Constituciones modernas encontramos nuevos órganos, conocidos como autónomos, que también participan y se relacionan entre sí con las demás funciones estatales. El Tribunal Constitucional es uno de ellos, el cual ocupa un lugar especial en función a las competencias otorgadas por el Constituyente de 1993”⁹⁷.

Desde la perspectiva del propio Tribunal peruano, con ocasión de sentenciar el 24 de Abril del 2006 en el Exp. 00047-2004-AI/TC, llega a decir que si bien como órgano constitucional no es superior a los Poderes del Estado, precisa que en el ámbito de sus competencias es un *primus inter pares* en relación a los Poderes del Estado y los demás órganos constitucionales, pues en nuestra época el equilibrio no es sólo entre poderes del Estado, ya que las

⁹⁵ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, F. Javier, *La justicia constitucional en el Estado Democrático*, Valencia, 2000, Titant Lo Blanch. p. 391-392.

⁹⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *La Corte Suprema, El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, EDIAR, 2010, p. 246 -247.

⁹⁷ HAKANSSON NIETO, Carlos, *Curso de Derecho Constitucional*, Palestra Editores, 2ª Edición, Junio del 2012, p. 273.

Constituciones modernas han creado órganos constitucionales autónomos que antes no existían (fundamento 33).

En la misma línea, pero morigerando el discurso (no se auto titula *primus inter pares*), en el Exp. 00005-2007-PI/TC (26 de Agosto del 2008), el Tribunal señala que “En un ordenamiento jurídico fundado sobre la articulación y el desarrollo equilibrado del poder, no resulta legítimo sostener una jerarquización orgánica entre instituciones pares, sino más bien la ponderación entre los intereses constitucionales que ambas instituciones persiguen, intereses que deben expresar la integración de la ley dentro del marco constitucional (fundamento 32).

21. Tribunal Constitucional en la legislación comparada

El Tribunal Constitucional Federal alemán inició sus actividades en 1951, dos años después de entrar en vigencia la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que había previsto su existencia en su Art. 92º, el mismo “que responde a la idea de un ordenamiento en el que el texto jurídico –positivo de la Constitución es la norma suprema, y es tarea del Tribunal Constitucional, concebido como órgano jurisdiccional y no como órgano político, hacer valer frente a todas las instancias de poder público la supremacía de las normas que integran el texto constitucional con independencia de a quienes vaya dirigidas”⁹⁸. Este Tribunal está conformado por 16 magistrados, elegidos por mitades tanto por el Parlamento Federal como por el Consejo Federal por una mayoría de dos tercios.

En España, su Constitución regula en los Art. 159º y siguientes su conformación y la permanencia de sus integrantes. El Tribunal Constitucional español se compone de 12 miembros nombrados por el Rey, quienes deben

⁹⁸ ALÁEZ CORRAL, Benito y Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, p. 29.

ser elegidos entre Magistrados y Fiscales, profesores universitarios, funcionarios públicos y abogados de reconocida competencia. De esos 12 nombramientos, 4 son a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; 4 a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; 2 a propuesta del Gobierno y 2 a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Las designaciones de los miembros del Tribunal Constitucional son por un período de 9 años, durante los cuales son independientes e inamovibles, renovándose por terceras partes cada 3 años.

“El derecho argentino ha tornado el modelo de control judicial de constitucionalidad del sistema norteamericano, cuyo precedente de 1803 en *Marbury c/Madison* resume la doctrina de la revisión judicial”⁹⁹.

En la República de Chile, el Tribunal Constitucional está integrado por 7 miembros, de los cuales 3 son ministros de la Corte Suprema elegidos por ésta, 2 abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, 1 abogado designado por el Presidente de la República y 1 abogado elegido por el Senado (los dos últimos deben ser o haber sido abogados integrantes de la Corte Suprema por lo menos 3 años consecutivos). Los miembros duran 8 años en sus cargos y se renuevan por parcialidades cada 4 años y son inamovibles (Art. 81° de la Constitución chilena).

En Colombia, el Senado elige a los magistrados de la Corte Constitucional por períodos individuales de 8 años, de sendas ternas que le presentan el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (Art. 233°, 239° de la Constitución colombiana).

En Guatemala, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y la defensa del orden constitucional son tareas reservadas para la denominada Corte de Inconstitucionalidad, que está conformada por 5 magistrados que duran 5 años en el ejercicio de sus funciones; 1 elegido por el pleno de la Corte Suprema, 1 por el pleno del Congreso, 1 por el Presidente de la

⁹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., Op. Cit., p. 24.

República en Consejo de Ministros, 1 por el Consejo Superior Universitario de la Universidad San Carlos de Guatemala y 1 por la Asamblea del Colegio de Abogados (Art. 269° de la Constitución).

En Paraguay, la jurisdicción constitucional está asignada a la Sala Constitucional de la Corte Suprema (Art. 260° de la Constitución), al igual que en Honduras, donde la declaración de inconstitucionalidad de las leyes está reservada también para la Corte Suprema (Art. 319° de la Constitución).

En lo que concierne a Iberoamérica, al margen de lo ya dicho, HAKANSSON NIETO (citando a FERRER MC GREGOR) identifica hasta cuatro tipos de órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las normas:

“a) Los tribunales o cortes constitucionales ubicados fuera del órgano jurisdiccional ordinario (Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú y Portugal).

b) Los tribunales o cortes autónomos pero ubicados dentro de la propia estructura del Poder Judicial (Bolivia y Colombia).

c) Las salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales supremos de la judicatura (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela).

d) Las cortes o tribunales supremos ordinarios que realizan las funciones del Tribunal Constitucional, pero no de manera exclusiva (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay)

Luego de encontrar la ubicación del Tribunal Constitucional peruano en esta clasificación, cabe añadir que se trata del segundo intento de establecer una institución de control concentrado de la constitucionalidad”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ HAKANSSON NIETO, Carlos, Op. Cit. p. 366 -367.

22. El Tribunal Constitucional peruano

Para el profesor peruano HAKANSSON NIETO (citando a GARCÍA BELAUNDE), podría considerarse el antecedente del control de constitucionalidad una cláusula de la Carta de 1856 que establecía la nulidad de toda ley contraria a la Constitución, pero en la práctica no fue aplicada. Luego vendría la Convención presidida en 1919 por Javier Prado que propuso incorporar sin éxito el control judicial de la constitucionalidad (a cargo de la Corte Suprema) en la Carta de 1920. Después, dentro del proceso de reforma del Código Civil, se incorpora el principio de inaplicación judicial de una norma legal por conflicto con la Constitución, de modo que fue el Código Civil de 1936 el que por primera vez reconoce positivamente este principio, que también se incluyó en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, “pero es recién con la Constitución de 1979 que el control judicial de la constitucionalidad de las leyes formó parte del Derecho Constitucional peruano, estableciendo además una nueva institución: el Tribunal de Garantías Constitucionales. La Carta de 1993 mantuvo ambos sistemas de jurisdicción constitucional”¹⁰¹.

“La Constitución de 1979 crea el órgano encargado del control de la Constitucionalidad de las leyes, al que denomina Tribunal de Garantías Constitucionales, en demostración clara de la influencia del modelo español”¹⁰².

El entonces Tribunal de Garantías Constitucionales se instaló el 19 de Noviembre de 1982, funcionando hasta el 5 de Abril de 1992 cuando fue clausurado a raíz del denominado “autogolpe” durante el gobierno del Ing. Fujimori, siendo su sucesor el actual Tribunal Constitucional. El Tribunal de Garantías entonces incorporó constitucionalmente la figura del control

¹⁰¹ HAKANSSON NIETO, Carlos, Op. Cit. p. 49.

¹⁰² MORALES GODO, Juan, “*Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional peruano. Análisis jurídico –político comparativo*”, En: DIALNET www.dialnet.es

constitucional concentrado; estaba conformado por 9 miembros (3 designados por el Congreso, 3 por el Poder Ejecutivo y 3 por la Corte Suprema de Justicia). La duración de su mandato se fijó en 6 años, con la posibilidad de reelección, estableciéndose asimismo la renovación por tercios cada 2 años.

Actualmente el Art. 201° de la Constitución prescribe que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución y que se compone de 7 miembros, los mismos que son elegidos cada 5 años, siempre que reúnan el voto favorable de los dos tercios del pleno del Congreso de la República. Está habilitado para declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley que contravengan la Constitución.

No obstante, el modelo peruano no es uno que se adecue exclusivamente al denominado sistema de control concentrado donde se encarga a un órgano exclusivo o *ad hoc* el control de la constitucionalidad, sino que es un modelo mixto, pues al igual que en el *judicial review*, conocido también como Sistema Americano o de control difuso, cualquier juez está habilitado para ejercer el control judicial de la constitucionalidad de las normas, aunque con efecto sólo para las partes del proceso.

De acuerdo con el Art. 202° de la Constitución, las funciones del Tribunal Constitucional peruano son:

1. Conoce en instancia única la acción de inconstitucionalidad. Esto lo coloca como el órgano de control de la constitucionalidad, frente a infracciones contra la jerarquía normativa de la Constitución.
2. Conoce en última e instancia definitiva, las resoluciones judiciales denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. Esto coloca al Tribunal Constitucional como garante de derechos, pues a pesar que tales procesos inicialmente se tramitan ante los juzgados respectivos, con derecho a apelar ante la Sala correspondiente, todavía se puede recurrir si la decisión es

desfavorable ante dicho Tribunal, con lo que se persigue maximizar la protección de los derechos constitucionalmente protegidos.

3. Conoce los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas directamente por la Constitución o por las leyes orgánicas. Por ejemplo, aquí entran a tallar los conflictos entre el gobierno central y los gobiernos locales o regionales, entre los poderes del Estado entre sí o con los demás órganos constitucionalmente autónomos.

El Tribunal Constitucional es entonces un órgano constitucional, pues su diseño está reglamentado en principio por la Constitución, y es al mismo tiempo un órgano jurisdiccional, pues resuelve aplicando una metodología jurídica, regulada en el Código Procesal Constitucional, expidiendo en cada caso la sentencia relativa a los derechos fundamentales involucrados.

Sin embargo, para nosotros también es un órgano político, en tanto refleja el poder constituyente y como sucede con algunos de sus pares en otros países, cuando declara la inconstitucionalidad de las normas, su decisión prevalece sobre el Poder Legislativo. Además, no sólo es un órgano político por las consecuencias de sus decisiones en la gestión gubernamental, sino por la génesis de la designación de sus integrantes, pues como vimos más atrás, éstos son elegidos por el Congreso con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros.

En esa misma línea, LANDA ARROYO señala que la naturaleza política del Tribunal Constitucional está determinado por dos razones: i) porque sus decisiones pueden tener efectos políticos; y, ii) porque cabe la posibilidad de someter a control constitucional las cuestiones políticas –political questions¹⁰³. Para dicho autor, esta naturaleza política se hace más evidente en sistemas democráticos débiles, donde predomina la inestabilidad política y la falta de lealtad constitucional, siendo allí donde el Tribunal

¹⁰³ LANDA, César, “*Justicia Constitucional y political questions*, En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 4, CEPC, Madrid, 2000, p. 173 y ss.

Constitucional entra a tallar como el órgano que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político.

Como precisa acertadamente OSCAR URVIOLA, todo depende qué entendemos por política; si la entendemos como “el pactum societatis, es decir, la actividad que persigue fines de convivencia pacífica, del bien común y la justicia social, entonces al Tribunal le corresponde asumir un preponderante papel, sobre todo a tenor del artículo 44 de la Constitución, que reconoce el deber del Estado de promover el bienestar general, que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrio de la nación”¹⁰⁴.

22.1 Tipología y efectos de la jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional peruano, con ocasión de resolver en el Exp. 004-2004-CC/TC, ha resumido lo que en la doctrina se identifica como la tipología y efectos de la jurisprudencia constitucional.

Una primera clasificación distingue entre:

SENTENCIAS DE ESPECIE:

Por aplicación simple y automática de las normas constitucionales y demás principios del bloque de constitucionalidad, por lo que en este caso la labor del juez constitucional es solo “declarativa”.

SENTENCIAS DE PRINCIPIO:

En su conjunto dan forma a la jurisprudencia propiamente dicha, porque aquí no se aplican de manera automática las normas constitucionales, sino que se utiliza la interpretación, permitiendo llenar las lagunas o vacíos, dando lugar así a los denominados precedentes vinculantes.

¹⁰⁴ URVIOLA, Oscar, “*Tribunal Constitucional y derechos fundamentales*”, En: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 7, N° 28, primavera del 2010, UPC, p. 103.

Otra clasificación distingue entre:

SENTENCIAS ESTIMATIVAS:

Son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad, por lo que su efecto será que se expulse del ordenamiento jurídico la norma cuestionada en la demanda; esto es, al identificarse la manifiesta colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley con una norma, principio o valor constitucional. Estas a su vez pueden ser:

- Sentencias de simple anulación.- Aquí se deja sin efecto parte o el íntegro de un texto normativo; en el primer caso la estimación es parcial (Fundada en parte la demanda) y subsisten las restantes disposiciones que no se afectan con la invalidez; en el segundo caso la estimación es total (Fundada la demanda), por lo que desaparece íntegramente el texto impugnado del ordenamiento legal.
- Sentencias interpretativas propiamente dichas.- Se declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por alguno de los operadores judiciales, estableciéndose que éstos en el futuro estarán prohibidos de aplicar esa forma de interpretar contraria a la Constitución. Un ejemplo de este tipo de sentencias lo es la expedida en el Exp. 0042-2004-AI/TC (13 de Abril del 2005), indicándose que el Instituto Nacional de Cultura no puede, por analogía o interpretativamente, extender la calificación de cultural a otros espectáculos (entre ellos los espectáculos taurinos) que no sean los previstos expresamente en la Ley de Tributación Municipal.
- Sentencias interpretativas –manipulativas (normativas).- En este tipo de sentencias se identifica la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley; con lo que se persigue evitar los vacíos legales que aparecerían con la expulsión total de dicha ley o norma con rango de ley. Pueden ser a su vez:

a) Sentencias reductoras

Son las que señalan que una parte (palabra, frase, etc.) del texto objetado es contraria a la Constitución. Por efecto de este tipo de sentencias, se restringe el ámbito de aplicación de la ley cuestionada a alguno de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en el texto. En esa línea se dictó la sentencia en el Exp. 00014-1996-AI/TC en la que se declaró Improcedente la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 26530, asumiéndose que una debida interpretación deja ver que ésta no considera a la “esterilización quirúrgica reversible” como método de planificación familiar.

b) Sentencias aditivas

En este tipo de sentencias, se determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión del legislador, por lo que este caso se procede a agregar o adicionar “algo” (por interpretación analógica, extensiva o sistemática) al texto incompleto, para convertirlo así en plenamente constitucional. Por eso, no se declara la inconstitucionalidad del texto de la norma cuestionada, sino de lo que el texto no consignó o debió consignar. Esta modalidad se aplicó al expedirse sentencia en el Exp. 0006-2003-AI/TC donde no se declaró la inconstitucionalidad del inciso j) del Art. 89° del Reglamento del Congreso, pero ordenando sea interpretado en el sentido de que la potestad sancionadora del Congreso contra los funcionarios enumerados en el Art. 99° de la Constitución por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, está supeditada a que primero haya pronunciamiento judicial firme sobre la existencia del delito.

c) Sentencias sustitutivas

En estas se declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y de manera simultánea se incorpora un reemplazo del

contenido normativo expulsado, modificando de esta manera una parte literal de la ley; en otras palabras, se trasladan los supuestos o consecuencias jurídicas de una norma vigente hasta la parte de la ley cuestionada, procediéndose a su integración. Este tipo de sentencias es bastante cuestionado, pues el Tribunal Constitucional estaría en estos casos usurpando la función de legislar, que por excelencia le compete al Parlamento.

d) Sentencias exhortativas

En estos casos se declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, a pesar de lo cual no se expulsa del ordenamiento jurídico, sino que se recomienda al Congreso para que dentro de un plazo razonable expida la ley sustitutoria, compatible con la Constitución. Esto sucedió en el caso de la sentencia expedida en el Exp. 0023-2003-AI/TC, donde en un extremo se exhortó al Parlamento para que legisle según lo expresado por el Tribunal Constitucional, en lo referente a la Justicia Militar.

e) Sentencias estipulativas

En este tipo de sentencias, se aprovecha la parte considerativa para de manera pedagógica delimitar y definir las variables conceptuales que se utilizarán para decidir una controversia constitucional.

SENTENCIAS DESESTIMATIVAS:

Dentro de esta clasificación se encuentran las sentencias que declaran inadmisibles, improcedentes o infundadas las demandas, pudiéndose presentar:

a) Desestimación por rechazo simple

Aquí se sentencia declarando infundada la demanda destinada a cuestionar una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.

b) Desestimación por sentido interpretativo

En este se desestima la demanda o, lo que es lo mismo, se declara la constitucionalidad de una ley o norma con rango de ley, pero en tanto que se la interpreta de determinada manera, acorde con el texto constitucional.

22.2 Efectos de la jurisprudencia constitucional (Art. VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)

El Art. VI (último párrafo) del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala: “Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Por su lado, el Art VII del mismo Título Preliminar señala: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, deberá expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

La 1ª Disposición Final de la Ley 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prescribe que “Los jueces interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los

misimos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”.

Para ETO CRUZ, las “resoluciones dictadas” por el Tribunal Constitucional a que se refieren el Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Ley 28301 en su 1ª Disposición Final constituyen la denominada doctrina jurisprudencial. “La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”¹⁰⁵. Para el mismo autor, a diferencia de la doctrina jurisprudencial, el precedente vinculante está regulado en el Art. VII del referido Título Preliminar, “con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional”¹⁰⁶.

Sobre el precedente constitucional vinculante, el Tribunal Constitucional ha señalado que “es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos” (Exp. 0024-2003-AI/TC).

Aunque la doctrina jurisprudencial y los precedentes no son lo mismo, el Tribunal Constitucional ha precisado que “tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto” (Exp. 3741-2004-AA/TC).

¹⁰⁵ ETO CRUZ, Gerardo, Op. Cit., p. 253.

¹⁰⁶ ETO CRUZ, Gerardo, Op. Cit., p. 253.

Sobre los efectos de la sentencia que establece un precedente “en general, podría decirse que los efectos de un fallo constitucional dependen de la naturaleza del proceso y no de si se establece o no un precedente¹⁰⁷”, pues por ejemplo en los casos de inconstitucionalidad los efectos son irretroactivos, salvo se trate de materia tributaria o penal, mientras que en los procesos de hábeas corpus o amparo los efectos sí son retroactivos, pues la finalidad es la restitución de un derecho. Caso especial es el de las sentencias de aplicación diferida, en cuyo caso se habla de una *vacatio sententiae*.

Es oportuno detenernos en la figura de la doctrina jurisprudencial, pues a diferencia del precedente donde la regla es vinculante desde que así lo indica una decisión del Tribunal Constitucional, el caso de la doctrina supone una “pluralidad” de decisiones que de manera reiterada apuntan a una interpretación común (también denominada “línea jurisprudencial”); por lo mismo, no constituye doctrina jurisprudencial lo señalado por el Tribunal en una sola sentencia. De ahí que es válido preguntarnos cuántas decisiones o sentencias en una misma línea deben coexistir para que estemos ante una doctrina vinculante para el juez, y si las hay, cuál es el tiempo entre una y otra para poder decir que es una línea de interpretación constante. Por lo pronto no existe respuesta vinculante que absuelva estas preguntas, sin duda importantes pues se podría investigar y sancionar a un juez reprochándosele no haber respetado dicha doctrina.

Salvando las diferencias, hemos identificado que en Colombia, el Art. 4º de la Ley 169 de 1896 establecía: “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”, mientras que en México, la Ley de Amparo de 1882 (Ley Vallarta) señalaba en su Art. 70º que “La concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución o contra su

¹⁰⁷ MESÍA RAMÍREZ, Carlos, Exégesis del Código Procesal Constitucional, Tomo I, Gaceta Jurídica, 4ª Edición, Lima, Julio 2013, p. 139.

interpretación, fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida de empleo, y con prisión de seis meses a tres años, si el Juez ha obrado dolosamente; y si solo ha procedido por falta de instrucción o descuido, quedará en suspenso de sus funciones por un año”.

Para los fines de nuestra tesis, no negamos la necesidad de reconocer y fortalecer el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial y el precedente (por la predictibilidad, seguridad jurídica e igualdad), regulados respectivamente en los Art. VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Lo que cuestionamos es que el juez, en ejercicio de su independencia funcional, cual “boca del precedente” (ya no “boca de la ley”) no pueda apartarse motivadamente del criterio diseñado por el Tribunal Constitucional, bajo responsabilidad disciplinaria, peor aún, si en el caso de la doctrina jurisprudencial no está regulado cuántas sentencias y en dentro de qué período tienen que haber sido emitidas para decir que estamos ante una línea interpretativa vinculante. De ser el caso, respetándose la independencia funcional del juez, dentro de cada proceso y mediando recurso impugnatorio, su decisión tendría que ser eventualmente revocada, pero sin que ello conlleve proceso o sanción disciplinaria (obviamente, siempre que no existan razones subalternas para el apartamiento).

22.3 Principios de interpretación constitucional

ETO CRUZ, citando la sentencia del Tribunal Constitucional STC 5854-2005-AA señala que “Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de

interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional”¹⁰⁸.

En todos los casos, la jurisdicción constitucional se sirve de los siguientes principios que gobiernan la interpretación constitucional:

- El principio de Unidad de la Constitución

En virtud de este principio, la interpretación del texto constitucional debe orientarse a identificarlo y considerarlo como un todo armónico, coherente y sistemático, a partir del cual se edifica y organiza el sistema jurídico.

- El principio de concordancia práctica

Por este principio, toda tensión que a primera vista existe entre las disposiciones del texto constitucional debe ser solucionada optimizando su interpretación; o sea sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios involucrados. “El conflicto entre valores constitucionales puede significar contraposición de soluciones igualmente válidas, lo que debe tener una solución armónica que no haga evidente la oposición interna, sino que otorgue una solución práctica y que reafirme estos valores”¹⁰⁹.

- El principio de corrección funcional (conformidad funcional)

Al realizarse la labor de interpretación, el juez no debe desvirtuar las funciones y competencias que se han asignado a los respectivos

¹⁰⁸ ETO CRUZ, Gerardo, Op. Cit., p. 229 -230.

¹⁰⁹ PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coordinador), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano, Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Tomo I, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Jesús María, 1ª Reimpresión, Abril 2015, p. 432.

órganos constitucionales, de manera que se garantice el equilibrio propio del Estado Constitucional.

- El principio de función integradora (eficacia integradora)

El resultado de la interpretación del texto constitucional será válido siempre que la solución contribuya a integrar, armonizar y ordenar las relaciones entre los poderes públicos y las de estos con la sociedad, pues “la Constitución debe ser un instrumento de agregación y no de desagregación política de la comunidad o sociedad de la igualdad, esto es, debe ser eficiente en un proceso de integración política”¹¹⁰.

- Principio de fuerza normativa

En mérito de este principio, la interpretación del juez constitucional debe estar encaminado a destacar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica “*in toto*” y no de manera parcial.

¹¹⁰ PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coordinador), Op. Cit., p. 432.

SUBCAPÍTULO IV

JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE VINCULANTE

23. La jurisprudencia como fuente del derecho

Se utiliza la expresión fuentes del derecho “para referirse tanto al fundamento o modo de producción de las normas jurídicas positivas como a los instrumentos materiales para conocer el derecho existente, es decir, para referirse a las fuentes del conocimiento del derecho”¹¹¹.

La clasificación tradicional de las fuentes del derecho las divide en materiales y formales. Los acontecimientos o supuestos fácticos, como lo es una huelga de trabajadores o el incremento de la delincuencia, constituyen las fuentes materiales en la medida que determinan o dan lugar a la existencia de una norma. “El concepto de fuente formal se refiere al procedimiento de creación de normas. Se nombran generalmente como fuentes formales la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Fuentes formales son los hechos, procedimientos y circunstancias que constituyen a ciertos hechos o textos la condición de obligatorios en un sistema jurídico determinado”¹¹².

Por citar otra clasificación, las fuentes formales y materiales son llamadas, respectivamente, de creación deliberada y espontánea. La legislación (en sentido estricto la ley) es el arquetipo de lo que es una fuente formal, pues proviene de una autoridad competente, luego de cumplirse el procedimiento preexistente y debidamente regulado; esto mismo, dentro de la otra clasificación vendría a ser una fuente de creación deliberada. La costumbre es una práctica repetida, adoptada como obligatoria dentro de un grupo social; cuando tiene consecuencias jurídicas la costumbre también será

¹¹¹ CATENACCI, Imerio Jorge, Op. Cit., p. 279.

¹¹² CATENACCI, Imerio Jorge, Op. Cit., p. 281.

fuente del derecho; material porque es al final de cuentas un hecho (práctica repetida) o, de creación espontánea, dentro de la otra clasificación. La doctrina u opinión de los juristas es fuente de creación deliberada, pero no es fuente formal.

Al margen de los sistemas jurídicos, la ley y la costumbre son fuentes de derecho, mas no así la doctrina; sin embargo, en el Derecho Romano, el texto publicado en el 426 conocido como Ley de Citas, “confirma desde luego la autoridad de los escritos de Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino. Da por primera vez la misma fuerza a los escritos de Gayo”¹¹³; disposición que fue derogada por Justiniano.

Sobre la jurisprudencia, recordemos que además de su acepción como ciencia del derecho, la otra nos remite al “conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales”¹¹⁴. Ésta última es considerada fuente del derecho, al margen de la discusión acerca si la decisión judicial integra como norma el sistema jurídico; desde un punto de vista esto no es ni puede ser así, pues el juez declara el derecho pero no lo crea, pero desde otra perspectiva, es posible sostener que al aplicar el juez las normas generales, crea entonces derecho al dictar la norma individual que resuelve el caso específico.

Otro tema es la obligatoriedad de la jurisprudencia, pues mientras en el *civil law* no lo es, sucede lo contrario en el derecho anglosajón, según el modelo del precedente. En otras palabras, la jurisprudencia es por excelencia fuente de derecho dentro del sistema del *common law*; y en el caso peruano, no obstante estar adscrito al sistema del *civil law*, por esa suerte de “convergencia” de sistemas al que aludiremos más adelante, la figura del precedente se está perfilando como fuente del derecho formal.

En esa línea, para el Tribunal Constitucional peruano, tanto el Poder Judicial como dicho tribunal son órganos constitucionales que producen la fuente de

¹¹³ PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Albatros, Buenos Aires, 1988, p. 77.

¹¹⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Op. Cit, p. 68.

derecho que llamamos jurisprudencia, dentro del marco de la Constitución y la legislación vigente (STC Exp. 047-2004-AI/TC del 24 de Abril del 2006, fundamentos 33 -34).

24. *Common law y civil law*

Dentro de la cultura occidental, las diferentes manifestaciones del derecho se agrupan en dos grandes familias, a saber, el *common law* y el *civil law*. El primero, de origen anglosajón es en pocas palabras el resultado de la producción jurisprudencial basada en la costumbre y descansa en la labor de los jueces; el segundo, de origen romanista, al que se adhiere el caso peruano, descansa en la codificación como eje de su existencia.

“Desde la Edad Media temprana y hasta mediados del siglo XII, el Derecho inglés y el continental pertenecían notablemente a una sola familia legal, germánica y feudal, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental. Excepto por las posibles complicaciones lingüísticas, un viajero del Continente en los días del rey Esteban no habría tenido problemas en reconocer las reglas, argumentos y modos de prueba en una corte inglesa, fuera feudal, señorial o municipal. Un siglo después, el panorama había cambiado: el Derecho Romano y el procedimiento romano –canónico transformaban la vida de muchas partes del Continente (y otras seguirían), mientras en Inglaterra surgió un Derecho nativo, común a todo el reino, que estuvo –y así permaneció –libre de la nueva moda continental”¹¹⁵.

“Si el Common Law es reconocido por algo, es por la falta de códigos, mientras que el Civil Law lo es, por la codificación. Contrario al resto de Europa, el Common Law permanece todavía sin codificar: los juristas no han

¹¹⁵ VAN CAENEGEM, R.C., *Jueces, legisladores y profesores, Fases de la historia jurídica europea*, Palestra Editores, 1ª Edición, Lima, Abril del 2011, p. 124.

logrado prevalecer ante los jueces, quienes hasta hoy son firmes defensores del Derecho tal como es”¹¹⁶.

No son éstos los únicos sistemas, pues no hay que olvidar las naciones musulmanas: “esto es, Turquía, Noráfrica, Persia, Turquestán y Afganistán, que se rigen por las leyes del Islam, y China, que sigue su derecho consuetudinario peculiar; aun cuando, según algunos tratadistas, el derecho musulmán no es sino una versión del derecho romano del Imperio de Oriente, adaptado a las necesidades y condiciones políticas de los pueblos árabes”¹¹⁷.

25. La jurisprudencia en el common law: el precedente

25.1 Origen y evolución: Inglaterra

El *common law*, que en español equivaldría a “derecho común”, tiene su origen en el derecho inglés, donde no fue obra del legislador, sino que “se originó en las costumbres de las tribus germanas que invadieron y poblaron las Islas Británicas”¹¹⁸, en cuyo período de formación destaca la invasión de Inglaterra por estas tribus que vinieron del continente europeo después que cayó el imperio romano (de hecho, para Roma siempre fue un problema lo que ellos conocían como Britania, por su ubicación insular), la invasión de los pobladores de origen danés que aportaron sus propias costumbres que se mezclaron con la de los anglosajones y por último la invasión consumada por los normandos en 1066 encabezados por Guillermo El Conquistador.

Se atribuye a Guillermo El Conquistador la reorganización del sistema feudal y administrativo inglés, quien en virtud de la Ley Sállica (sobre sucesión monárquica) ascendió al trono de Inglaterra con el título de Guillermo I en 1066, unificándose de esta manera los antiguos reinos anglosajones, bajo el

¹¹⁶ VAN CAENEGEM, R.C., Op. Cit., p. 44.

¹¹⁷ RABASA, Oscar, *El Derecho Angloamericano, Estudio expositivo y comparado del “Common Law”*, Fondo de Cultura Económica, 1ª Edición, México, 1944, p. 63.

¹¹⁸ RABASA, Oscar, Op. cit., p. 67.

manto del poder omnímodo del soberano, bajo la forma de un gobierno centralista; lo que en materia jurídica trajo consigo la centralización de la administración de justicia mediante los *royal courts* o *curia regis*, dando nacimiento al derecho anglosajón.

La *curia regis*, conocida en Inglaterra como *King's Council*, generó tres grandes cortes: i) La *Exchequer*, creada en la primera mitad del s. XII, que estuvo a cargo de lo contable y financiero, ampliando su competencia a la actividad privada; ii) La *Court of Common Pleas* (Corte de la audiencia común); creada en 1778, que en su caso estaba llamada a conocer casi todos los conflictos entre particulares y estaba compuesta por 5 jueces (dos del clero y 3 laicos), y iii) La *Court of King's Bench*, quienes deliberaban en frente del rey y por ende conocían las causas de naturaleza civil y criminal más importantes.

Más adelante con Enrique II (1133 -1189) cuyo reinado se prolongó desde 1154 hasta 1189, se producirían reformas judiciales de duradera importancia, fortaleciendo el sistema centralizado, mediante la labor de los jueces que eran enviados a resolver los conflictos a lo largo del reino, permitiendo que identifiquen aquellas decisiones que mejor se acomodaron a las costumbres de cada lugar, dando lugar al *stare decisis*. Se le atribuye a Enrique II haber dado inicio al proceso de sustitución de las denominadas Ordalías (Juicios de Dios) por el procedimiento moderno de trámite judicial.

Las Ordalías o “Juicios de Dios” eran mecanismos mediante los cuales, invocándose a la divinidad, se sometía al acusado o investigado a una serie de torturas de las que si salía librado se asumía entonces que Dios lo juzgaba inocente. Entre otros, mencionaremos la ordalía del agua fría, en la que se lanzaba al acusado a un río para que alcanzase la orilla opuesta; si lo conseguía era considerado culpable y sometido a ajusticiamiento. Otra modalidad era sumergir al investigado a un foso colmado de agua, atado de pies y manos, asumiéndose que era inocente si se hundía y culpable si salía a flote, pues en este caso ni el agua quería tenerlo y lo rechazaba. También mencionaremos la ordalía del hierro candente (que se sustituía a veces con

agua o aceite hirviendo), en la que el sospechoso debía caminar mientras sujetaba un hierro al rojo vivo.

Durante el reinado de Eduardo I (1239 -1307) que se prolongó desde 1272 hasta el día de su muerte, se le dio por primera vez a éste naciente sistema de derecho inglés el nombre de *common law* o derecho común, “porque ha dejado de ser un cúmulo de costumbres y usos locales diversos, para constituirse en un régimen de ley común y suprema para toda la nación. Por la misma razón, los ingleses primitivamente también lo denominan *the law of the land*: la ley de la tierra, la ley del país, la ley de la nación”¹¹⁹.

Los tribunales que aplicaban el *common law* habrían de competir con otros propios del derecho feudal o del canónico, pero a la larga se impuso como la mejor opción para dirimir conflictos dado que estaba basado en la costumbre, evitándose con ello la incorporación de compilaciones jurídicas ajenas. No obstante ello, para poner en marcha las *courts of law* era necesario una previa autorización traducida en un mandamiento (*writ*), sin el cual no cabía el veredicto, lo que sumado al hecho de que existían nuevos conflictos que no eran del todo conocidos por el *common law*, más que sus sentencias se redactaban aún en el idioma anglonormando, se generó la creación de una jurisdicción paralela: la *equity*. De esta manera, *common law* y *equity* coexistieron y se complementaron, con la diferencia que las decisiones de ésta última no estaban vinculadas en un principio al precedente, como en el primero.

Desde la ascensión de Enrique VII (Dinastía Tudor), después de poner fin a la denominada “Guerra de las Rosas” (1455 -1485; disputa entre la Casa de York –rosa blanca – y la Casa de Lancaster –rosa roja) se crearon diversos tribunales con prerrogativas que iban de la mano de del poder del rey, amenazando el sistema que Enrique II y sus sucesores habían favorecido, pero no pasó mucho tiempo para que los “tribunales de prerrogativa” (*Court Star Chamber*, *Court of Requests* y otros) perdieran su prestigio con los

¹¹⁹ RABASA, Oscar, Op. cit., p. 68.

Estuardo pues fueron utilizados para persecución política, siendo abolidos en 1641, con lo que mayor parte de su jurisdicción fue absorbida por los tribunales del *common law* en 1660.

Cuando Jacobo I (Casa de Estuardo) llegó al trono en 1603 seguía la polémica de dilucidar si debía gobernar por *rex* o por *lex*; polémica resumida en la confrontación entre FRANCIS BACON que intentó sin éxito la codificación del derecho inglés y EDWARD COKE, cuya labor se concentró en condensar las decisiones del *common law* en sus obras *Reports e Institutes*, siendo por demás trascendente su decisión en el ya tratado *Bonham's Case* [acápite 18 de la presente tesis], en el que se estableció la prioridad del *common law* por sobre los mandatos del monarca y del propio parlamento, con lo que dicho sistema de justicia se erigió como un mecanismo eficaz de control del poder.

- *Common law y equity*

Cuando los particulares no lograban obtener resultados después de recurrir los tribunales, acudieron entonces directamente al monarca, quien atendió en un principio las deficiencias de manera personal, pero después derivó su atención a su Canciller (*Chancellor*), dando así lugar a las *Courts of Chancery*, denominación antigua de lo que vendría a ser luego las *Courts of Equity* (1485).

Es así que es correcto afirmar que la *equity* nace como consecuencia de la incapacidad del *common law* para resolver algunas situaciones, dado su carácter eminentemente formal. En cambio, en la *equity* se valoraban las circunstancias particulares del caso y se priorizaba la intención en lugar de la forma. En ese contexto, las sentencias de la *equity* (*decrees*) podían contener tanto derechos como obligaciones para ambas partes del litigio; lo cual era diferente a las sentencias de las *Courts of Law* (*judgements*) en las que siempre se decidía sólo a favor de una de las partes.

Como ya anotáramos líneas arriba, *common law* y *equity* coexistieron y de hecho se complementaron, pero en el siglo XIX se hicieron rígidas en muchos casos y como era de esperarse sus procedimientos se ralentizaron, de modo que luego de varias reformas a finales del siglo las dos jurisdicciones tradiciones se fusionaron en Gran Bretaña en una sola, en virtud de las *Judicature Acts* de 1873 y 1875, por lo que un mismo tribunal podía conocer a partir de entonces ambas materias (*legal* o *equitable*) y se pudo recurrir ante un mismo Tribunal Supremo (*Supreme Court of Judicature*), aun cuando dicha “fusión” no tuvo eco en los principios de cada jurisdicción, pues se mantuvieron visiblemente diferenciados. Por eso, los tribunales después de la reforma de 1873, “conocen indistintamente de las dos jurisdicciones pero la distinción continúa y los estudiosos destacan que la misma se puede encontrar en el campo de iniciación del procedimiento, en la toma de decisión, en el resultado y en las consecuencias jurídicas de éste”¹²⁰.

A pesar de ello, no pocas veces cuando se alude al *common law*, está incluida implícitamente el *equity*. De ahí que en su acepción más restringida el término *common law* sirve para designar exclusivamente a la rama más antigua del derecho inglés; en una acepción más lata incluye a la *equity* y entonces se está aludiendo al ordenamiento jurídico de Inglaterra en su conjunto; y en una acepción todavía más amplia si se quiere, está refiriéndose a la familia jurídica que fue tomando forma al extenderse tanto el dominio político como el derecho inglés a otras latitudes¹²¹.

Conviene mencionar en lo que concierne a este apartado a las denominadas “XII Máximas de la Equity” que a continuación se transcriben:

¹²⁰ LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Sistema Jurídico del Common Law*, Editorial Porrúa, México D.F., 1999, p. 34.

¹²¹ MORINEAU, Marta, *Introducción al sistema de COMMON LAW*, En: *Biblioteca jurídica virtual de la Universidad Nacional de México*; enlace: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/844/3.pdf>

1. «*Equity will not suffer a wrong to be without a remedy*». Esta máxima quiere decir que el agravio no es tolerado por la *equity* si no tiene como consecuencia una reparación o indemnización del daño.
2. «*Equity follows the law*». Esta quiere decir que la ley es el norte o el derrotero de la *equity*, en señal de acatamiento al ordenamiento jurídico. Esto como se verá luego, está enlazado con la siguiente máxima.
3. «*Where there is equal equity, the law shall prevail*». Palabras más o menos, implica que cuando la *equity* beneficia por igual a las dos partes en litigio, entonces debe prevalecer la ley.
4. «*Where the equities are equal, the first in time shall prevail*». Esta quiere decir que cuando la *equity* beneficia por igual a las dos partes en litigio, entonces lo que prevalece es el derecho de quien es anterior en el tiempo. Es el equivalente a la máxima latina «*prius tempore, potior iure*».
5. «*He who seeks equity must do equity*». Esta máxima implica que aquel que recurre a la *equity* debe proceder entonces bajo los principios de la *equity*.
6. «*He who comes into equity must come with clean hands*». Implica que aquel que recurre a la *equity* debe acudir con las “manos limpias” en evidente metáfora que alude a la buena fe o conciencia limpia de quien recurre a dicha jurisdicción.
7. «*Delay defeats equities*». También pronunciado como «*equity aids the vigilant and not the indolent*». Quiere decir que se perjudica quien no cautela o vigila su derecho, o sea que la *equity* favorecerá al que de manera diligente sí protege su derecho.

8. «*Equality is equity*». Esta máxima resume en una frase lo que debe entenderse por la equity, haciéndola sinónima de igualdad.
9. «*Equity looks to the intent rather than to the form*». Quiere decir que dentro de la jurisdicción de la equity se valora más la intención que la forma.
10. «*Equity looks on that as done which ought to be done*». La máxima señala deja ver lo importante que es para la equity que las cosas se hagan como deben hacerse debidamente.
11. «*Equity imputes an intention to fulfil an obligation*». Para la jurisdicción de la equity se presumirá siempre dentro de la buena fe, que quien tiene una obligación tiene la intención de cumplirla.
12. «*Equity acts in personam*». Esta máxima implica que la equity tiene jurisdicción sobre las personas y no sobre las cosas.

25.2 Organización del sistema judicial inglés

Es imprescindible precisar dos cosas. Primero y conforme lo señala ITURRALDE SESMA “En Gran Bretaña hay tres sistemas diferentes: uno para Inglaterra y Gales, otro para Escocia, y un tercero para Irlanda del Norte. Sólo en el último nivel de apelación, en la House of Lords, se puede hablar de un sistema unificado para Gran Bretaña, puesto que es el último Tribunal de Apelación para los juicios de los tribunales superiores de Escocia e Irlanda del Norte, así como de Inglaterra y Gales”¹²². Por lo tanto, por motivos didácticos dejamos en claro que hablaremos especialmente de la organización judicial inglesa.

¹²² ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Editorial Civitas S.A., 1ª Edición, Madrid, 1995, p. 39

En segundo lugar con la adhesión del Reino Unido a la Comunidad Europea, desde el año de 1973, la más alta corte de justicia, para fines de derecho comunitario es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

- *Supreme Court of the United Kingdom*

La *House of Lords* era lo más alto de la organización judicial inglesa y estaba compuesto por los *Lords of Appeal in Ordinary*, presididos por el *Lord Chancellor*. Desde el 1 de Octubre del 2009, cuando entró en vigencia la Constitutional Reform Act del 2005, la *Supreme Court of the United Kingdom*, formado por 12 jueces, sustituyó al antiguo Comité de Apelación de la House of Lords, teniendo competencia en todo el Reino Unido en materia civil, mientras que en materia penal en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte (no en Escocia).

No es difícil deducir que las decisiones de la *House of Lords* (hoy Tribunal Supremo) eran y son obligatorias para las demás Cortes inglesas, esto obviamente por su posición de ser la más alta Corte del país, por lo que no merece mayores comentarios al respecto.

La cuestión que se presenta es si esta *House of Lords* se encontraba o no vinculada a sus propias decisiones adoptadas anteriores. El hito crucial de este tema se encuentra en la sentencia *Beamish v. Beamish* (1861), en donde la Cámara de los Lores expresamente consideró que estaba obligada a fallar en un sentido determinado en razón de un precedente establecido por ella misma, criterio que se consolidó en el caso *London Street Tramways Co v. London County Council* (1898).

“A pesar de las críticas recibidas, este principio estuvo fuertemente establecida hasta que en 1966 Lord Gardiner (el Lord Chancellor) leyó el Practice Statement según el cual la House of Lords podía en el futuro considerarse libre para apartarse de sus propias decisiones. Al lado de esto

hay que añadir que en un número considerable de casos la House of Lords se aparta expresamente de decisiones anteriores a través de la técnica de las distinciones”¹²³

- *The Court of Appeal*

En un grado inmediatamente por debajo de la *House of Lords* (hoy Tribunal Supremo) se encuentra la *Court of Appeal*, la misma que forma parte de la Suprema Corte de Justicia siendo su competencia esencialmente recursal; los *Lords Justices of Appeal* son los jueces principales de la Corte de apelación, los *Lords Chief of Justice* son quienes ejercen como jefes administrativos de las ramas civil y criminal respectivamente.

La *Civil Division* está obligada a seguir el precedente sentado por la *House of Lords*, como también está obligada a seguir las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de derecho civil. Cuando toma sus propias decisiones, como regla general, la *Civil Division of Court of Appeal* está obligada a seguir sus propias decisiones anteriores.

La regla del *stare decisis* respecto de la Court of Appeal fue la establecida en el caso *Young v. Bristol Airplane Co. Ltd* (1944); aquí se establece que la *Court of Appeal* está vinculada a sus propias decisiones (así como por las decisiones de los tribunales de jurisdicción concurrente), con las excepciones siguientes:

a) En aquellos casos donde coexistieran dos decisiones en conflicto, entonces el tribunal está habilitado y obligado a decidir cuál de estas seguirá y cuál rechazará;

¹²³ ITURRALDE SESMA, Op. Cit., p. 51.

b) El tribunal está obligado a rechazar una decisión propia cuando ésta, a pesar de no haber sido derogada expresamente, no pueda coexistir con una decisión de la *House of Lords* (hoy Tribunal Supremo); y

c) El tribunal no está obligado a seguir una decisión propia si está convencido que dicha decisión fue adoptada *per incurriam* (mal decidida).

- *High Court of Justice*

La *High Court of Justice* son las cortes de primera instancia, por lo que sus jueces están obligados por las decisiones de la *House of Lords* (hoy Tribunal Supremo), la *Court of Appeal* y lo que resuelve una *Divisional Court* (esto último en debate). Para ITURRALDE SESMA la posición de los jueces de la *High Court* respecto del *stare decisis* está resumida en la declaración de Lord Goddard en *Huddersfield Police Authority v. Watson* (1947): “Pienso que la práctica y el punto de vista recientes sobre la cuestión es que un juez de primera instancia, a menos que esté convencido de que la decisión es errónea, tendría que seguirla como una cuestión de cortesía judicial. Ciertamente no está obligado a seguir la decisión de un juez de la misma jurisdicción. Él solo está obligado a seguir las decisiones de la *Court of Appeal*, la *House of Lords* y las *Divisional Courts*”¹²⁴.

Ahora bien, el hecho de encontrarse la *High Court of Justice* vinculada a los precedentes establecidos hasta por tres instancias superiores, le ha traído naturalmente serios problemas, como cuando en el caso *Miliangos v. George Frank Ltd.* (1976) sobre ejecución de deudas, el juez Bristow se encontró ante dos decisiones en conflicto, esto es la posición de la *House of Lords* en el caso *Havana Railways* (1961) y la decisión de la *Court of Appeal* en el caso *Schorsch Meier GmbH v. Henning* (1975), decantándose finalmente el magistrado por aplicar la primera.

¹²⁴ ITURRALDE SESMA, Op. Cit., p. 65.

- *County Court, Magistrates, Court y Crown Court*

Sus decisiones no son trascendentes y por ende no son obligatorias, pero obviamente los jueces de los *County Courts* están obligados por las decisiones de la *High Court, Court of Appeal* y *House of Lords* (hoy Tribunal Supremo). “No obstante se puede argüir que un juez de los *County Courts* no está obligado por las decisiones de un juez de la *High Court* porque las apelaciones de los *County Courts* normalmente van directamente a la *Court of Appeal*, esto se justifica en el hecho de que un tribunal está obligado a seguir las decisiones de un tribunal que esté por encima suyo cuando sus propias decisiones pueden ser tomada por este tribunal”¹²⁵.

25.3 Traspaso al derecho angloamericano

Con el arribo de los primeros colonos ingleses (1607) no se importó más que un incipiente conocimiento de las leyes inglesas y por el contrario, en un primer momento “comenzaron a legislar por sí mismos rechazando el Derecho inglés y dotándose de códigos simples”¹²⁶. ROSCOE POUND sostiene que los colonos no tuvieron más remedio que reproducir las estructuras del derecho Inglés en sus dos jurisdicciones, de modo que “el Common Law norteamericano surgió de la ignorancia de los propios colonos”¹²⁷.

De esta manera en el naciente EE.UU. tampoco hubo una separación clara entre las jurisdicciones clásicas del derecho inglés: *common law* y *equity* y aun cuando en su oportunidad se proclamó la independencia americana (1776), para entonces el *common law* ya se había arraigado lo suficiente como para quedarse, con la particularidad que en tierras americanas no hubo inconveniente para cambiar las leyes antiguas, lo que dio lugar a las leyes federales, favoreciendo la legislación política (*statutory laws*).

¹²⁵ ITURRALDE SESMA, Op. Cit., p. 67.

¹²⁶ ITURRALDE SESMA, Op. Cit., p. 129.

¹²⁷ LÓPEZ MONROY, José de Jesús, Ob. Cit., p. XVII.

La evolución particular del sistema jurídico estadounidense ha determinado que a pesar de ser del *common law* es distinto de su par inglés, esencialmente por tres razones¹²⁸:

- i) Mientras que en Inglaterra el derecho está asentado sobre la autoridad no escrita de la costumbre, en el caso de los EE.UU la Constitución es la fuente fundamental;
- ii) Los EE.UU. tienen una estructura política federal donde existen los tribunales estatales y federales, de forma tal que la dispersión de la organización judicial exige adoptar posiciones más flexibles respecto a la autoridad de las decisiones judiciales; y
- iii) La necesidad de sistematizar el derecho en EE.UU. obedece a la existencia de material jurídico abundante, el cual ha llegado a ser inmanejable.

25.4 Organización del sistema judicial americano

El sistema judicial americano es dual, pues coexisten tanto el sistema judicial federal (*Federal Court System*) como los diversos sistemas judiciales estatales (*State Court Systems*) que funcionan en todos los Estados.

- *Federal Court System*

La Justicia Federal está integrada por la Suprema Corte, que es la instancia más alta en los EE.UU.; tiene buen prestigio tanto en el territorio

¹²⁸ ITURRALDE SESMA, Victoria, Ob. Cit., p. 135.

norteamericano como en el extranjero, además tiene competencias múltiples y goza de excepcionales prerrogativas que favorecen el fortalecimiento de las disposiciones de carácter constitucional. Su sede está ubicada en la ciudad de Washington DC y se encuentra compuesto por un presidente (*chief justice*) y además 8 ministros (*justices*).

En la actualidad existen 13 circuitos de Tribunales Federales de Apelación, cuyo número corresponde a la división geográfica del país en doce regiones, al que se se suma el tribunal denominado *Court of Appeal for the Federal Circuit* con competencia a nivel nacional y que se encuentra establecida en razón de la materia.

La Corte del Distrito son las primeras instancias o grados de jurisdicción de la justicia Federal Americana; hay por lo menos uno en cada Estado de Federación y sus decisiones generalmente son recurridas ante los Tribunales Federales de Apelación.

La labor del Supremo Tribunal “consiste en revisar las decisiones de los tribunales inferiores. Estas pueden ser decisiones de tribunales estatales de última instancia que versan sobre cuestiones de Derecho federal, o decisiones de tribunales federales inferiores (esto es, Tribunales Federales de Apelación y Tribunales de Distrito)”¹²⁹.

El tribunal Supremo goza de discreción para no admitir el conocimiento de la mayoría de los casos que se le proponen. De hecho, la vía para plantear un caso ante el Tribunal Supremo es mediante un *writ of certiorari*, que es el nombre que se le da al escrito que un abogado formula peticionando que el Tribunal Supremo conozca un determinado caso. Llevar un caso ante dicho Tribunal implica transitar por dos etapas claramente diferenciadas: primero, la presentación de un informe justificando el *writ of certiorari* y si éste se concede, la segunda etapa corresponde al planteamiento de la cuestión

¹²⁹ LÓPEZ MONROY, José de Jesús, Op. Cit., p. 43.

donde se argumentan los fundamentos de la apelación. En la práctica, muy pocas apelaciones que se formulan llega al Tribunal Supremo¹³⁰.

- *State Court Systems*

En principio, cada Estado tiene su propio sistema de tribunales y aunque son independientes unos de otros, los cincuenta sistemas estatales tienen bastante en común, pues todos tienen tipos y niveles de tribunales parecidos con funciones equivalentes, cuya organización en adelante describiremos.

En primer lugar, encontramos al Tribunal Final de Apelación (*Final Court of Appeal*), que es la encargada de decidir las apelaciones relativas a los conflictos más trascendentes que provienen de los tribunales inferiores, generalmente de los denominados tribunales intermedios de apelación. Este Tribunal es el que decide en último lugar dentro del respectivo Estado; sus decisiones no son objeto de impugnación y son obligatorias en el Estado y por eso representan derecho local. “Sin embargo, si se alega que está implicada una cuestión federal de naturaleza sustancial, y si esta cuestión ha sido correctamente planteada antes, existe una posibilidad de que el tribunal superior en el territorio acepte una revisión del caso. En ocasiones excepcionales, el Tribunal Supremo de los EE.UU. debe aceptar un caso recurrido del tribunal superior”¹³¹.

En segundo lugar, encontramos los Tribunales Intermedios de Apelación (*Intermediate Courts of Appeals*). Generalmente resuelven sólo en vía de apelación, provenientes de los Tribunales de Condado y de los Tribunales Municipales, siendo que sus decisiones en segunda instancia normalmente no son objeto de impugnación, aunque sí de manera excepcional.

¹³⁰ CUETO RUA, Julio, *El Common Law, su Estructura Normativa – Su enseñanza*, Talleres Gráficos de la Editorial La Ley, 1957, Buenos Aires Argentina, p. 83.

¹³¹ ITURRALDE SESMA, Op. Cit., p. 147.

“La función de estos tribunales varía en los diferentes Estados. Un Estado puede establecer que la apelación de la decisión de un tribunal de primera instancia vaya a este tribunal intermedio de apelación, y a la vez se permite una apelación posterior al tribunal final de apelación. Asimismo un Estado puede establecer que en otra serie de casos (más importantes) se pueda ir directamente al tribunal final de apelación o, que la apelación del tribunal de primera instancia vaya en primer lugar al tribunal intermedio de apelación y que la apelación posterior al tribunal final se acepte sólo por razones especiales, o que su admisión se deje a la discreción del tribunal, etc”¹³².

En tercer lugar, identificamos a los Jueces de Paz y Magistrados (*Justices of the Peace and Magistrates*), que vendrían a ser el nivel inferior de la estructura judicial americana; no son necesariamente juristas, los primeros están destinados a tareas no urbanas, mientras que los segundos a tareas urbanas.

En cuarto lugar, tenemos a los Tribunales Municipales (*Municipal Courts*), que vienen a ser Tribunales de primera instancia, con competencia en casos civiles, que está limitada por razón de la cuantía de la demanda, así como en casos penales, que incluye el trámite de faltas.

En quinto y último lugar, tenemos a los Tribunales de Condado (*County Courts*), que tienen competencia en materia civil y penal, abarcando casos civiles ordinarios por encima de los límites del tribunal inferior, mientras que en cuanto a lo penal, se exceptúan las faltas rutinarias y herencias y testamentos y su competencia territorial cubre sólo al condado propiamente dicho.

“La doctrina estadounidense de precedente podría formularse como sigue:

- 1) El tribunal Supremo nunca se ha considerado a sí mismo estrictamente obligado por sus propias decisiones, y los demás

¹³² ITURRALDE SESMA, Op. Cit., p. 148.

tribunales federales y tribunales estatales han seguido esta misma regla en relación a sus tribunales propias decisiones.

- 2) Una decisión del Tribunal Supremo de los EE.UU. es obligatoria en cuestiones federales en todos los demás tribunales (federales y estatales).
- 3) Una decisión de un tribunal federal, sobre una materia federal, puede tener un efecto persuasivo en un tribunal estatal, pero no es obligatoria puesto que el tribunal estatal sólo debe obediencia a un tribunal federal: el Tribunal Supremo. Y a la inversa: una decisión de un tribunal estatal sobre una cuestión federal puede ser persuasiva en materias federales pero no es obligatoria.
- 4) Las decisiones de los tribunales federales (además de las del Tribunal Supremo) no son obligatorias para otros tribunales federales de igual o inferior rango, a menos que el tribunal posterior deba obediencia al tribunal que aplica la decisión”¹³³

25.5 El precedente. El *stare decisis*

La doctrina imperante dentro del sistema del *common law* es el del denominado *stare decisis*, que es el resumen de “*stare decisis et quieta non movere*”, que más o menos equivale en nuestro idioma a “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”; lo que en buena cuenta es la doctrina del precedente. La idea general de esta doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes o anteriores, es decir, decisiones tomadas previamente por el mismo u otros tribunales sobre un problema semejante.

¹³³ R.A. Sprecher (1945) p. 503 y A.L. Goodhart (1937) p. 58 citados por Iturralde Sesma Victoria, obra citada, página 154.

JULIO CUETO propone una de las definiciones más acertadas sobre el tema, cuando señala que “según el principio del *stare decisis* los jueces deben resolver los casos que se encuentran pendientes de sentencia ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes dictadas en casos similares, por jueces de la misma jurisdicción, de jerarquía coordinada o superior”¹³⁴. Existe una necesaria vinculatoriedad entre el caso y el precedente, pues, este surge como consecuencia de haberse resuelto un caso concreto y no como consecuencia de un análisis intelectual en abstracto de la norma jurídica.

Esencialmente, son dos las teorías sobre las que se debate, acerca de la teoría jurídica del *stare decisis*: la teoría declarativa (u ortodoxa) y la teoría constitutiva. La primera, denominada declarativa u ortodoxa sostiene que el derecho es anterior o preexiste a la decisión judicial, pues el derecho es una entidad que existe independientemente y antes de la decisión judicial; en otras palabras, hay un derecho entendido como sistema de reglas disponible para su aplicación a cualquier conflicto o incertidumbre que pueda surgir. De esta manera, las decisiones de los tribunales no son nada más y nada menos que que la manifestación de este derecho.

En la doctrina jurídica anglosajona se señala a Sir MATTHEW HALE como quien formuló por primera vez esta teoría en la segunda mitad del siglo XVII, cuando sostuvo que las decisiones de los tribunales no hacen derecho propiamente dicho. Sin embargo, la exposición tradicional de dicha teoría se le atribuye a BLACKSTONE, para quien el *Common law* es la costumbre cuya autoridad se encuentra en el uso prolongado del mismo, afirmando que “por lo tanto, yo llamo a esas partes de nuestro Derecho *leges non scripta* porque su establecimiento original y su autoridad no se encuentran formuladas por escrito, como las leyes del Parlamento, sino que ellas reciben su calidad de obligatorias y la fuerza de leyes, por uso prolongado e inmemorial y por su recepción universal a través de todo el Reino”¹³⁵.

¹³⁴ CUETO RUA, Julio, Op. Cit., p. 121.

¹³⁵ CUETO RUA, Julio, Op. Cit., p. 36.

Así también, respecto a la forma cómo han de ser conocidas esas costumbres y quién ha de determinar su validez dicho autor sostiene que es “por los jueces en los distintos tribunales de justicia. Ellos son los depositarios de las leyes, los oráculos vivientes, quienes deben decidir en todos los casos de duda, y quienes se encuentran obligados por un juramento a resolver en conformidad con el Derecho del país. El *common law* es costumbre, pero costumbre en la medida y en la forma en que haya sido declarada por los jueces en sentencias precedentes”¹³⁶

BLACKSTONE – citado por los TUNC – señala que: “cuando un punto de derecho ha sido maduramente decidido y declarado, lo que antes era incierto e incluso, quizá, no estaba previsto por el derecho, se convierte en regla permanente que ya no puede ser modificada o alterada por el juez conforme a sus sentimientos, puesto que por juramento se compromete a juzgar, no conforme a su juicio personal, sino conforme a las leyes y costumbres conocidas del país; no tiene la misión de crear un derecho nuevo, sino la de mantener y exponer el viejo derecho”¹³⁷.

La tesis de BLACKSTONE ha sido desarrollada en los Estados Unidos, por autores como JAMES COOLIDGE CARTER para quien el *common law* es costumbre y nada más que costumbre. Dentro de éste pensamiento, los jueces no crean el derecho, pues meramente lo declaran tal cual es, esto es, declaran la costumbre imperante. La sentencia judicial precedente, en consecuencia “era simplemente una declaración judicial de costumbres y fue seguida no tanto porque fuera precedente, como porque fue una prueba satisfactoria de la costumbre. Un precedente no es otra cosa que costumbre autenticada”¹³⁸.

¹³⁶ BLACKSTONE William, *Commentaries on the Law of England*, Chicago, London, The University Chicago Press 1979, p. 69.

¹³⁷ TUNC, André y Suzanne TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, 1era. Edición, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1957, p. 248 (nota 2)

¹³⁸ Citado por Julio Cueto Rua en su obra “El Common Law, su estructura Normativa su enseñanza” obra citada, p. 43.

La segunda posición, dominante contemporáneamente sobre todo en los Estados Unidos, conocida como la teoría constitutiva, surgió de las críticas que varios autores hicieron a la antes mencionada teoría declarativa. En ese sentido, GRAY asume una posición directamente contrapuesta a la tesis tradicional expuesta por BLACKSTONE y CARTER, al afirmar que el *common law* no está constituido por costumbres, inmemoriales (BLACKSTONE) o actuales (CARTER), sino por las normas creadas por los jueces al decidir los casos concretos sometidos a su resolución; es más, para dicho autor, los jueces crean no solamente el *common law*, el derecho no escrito, sino también cualquier clase de derecho, “el derecho escrito, o derecho legislado, no es derecho sino en la medida y en la forma en que es aplicado e interpretado judicialmente”¹³⁹.

Dentro de la doctrina del precedente se distingue por un lado el *stare decisis* horizontal, en virtud del cual un tribunal debe seguir sus propios precedentes, y por otro el *stare decisis* vertical, que se refiere a la obligación de respetar los precedentes de los superiores jerárquicos, dentro de la estructura judicial. Claro está, es posible apartarse del precedente, aplicando la técnica del *distinguishing*, conforme a la cual el juez identifica que los hechos de su caso son diferentes a los hechos de aquel donde se dictó el precedente (lo que veremos más adelante con mayor precisión).

“El precedente se fundamenta en tres principios, a saber: El jerárquico, la fuerza individual del precedente y la técnica de la distinción. ¿En qué se funda la autoridad del precedente? Se funda en que la decisión ha sido elaborada conforme a la autoridad de la razón, por eso los juristas ingleses expresan que las decisiones judiciales tienen su *ratio decidendi* e insisten en que no debe confundirse con la *obiter dictum*”¹⁴⁰.

Acerca de la autoridad de la que goza la sentencia dictada por un Juez del *common law*, existe “una gama de respuestas que van desde la afirmación

¹³⁹ Citado por Julio Cueto Rua en su obra “El Common Law, su estructura Normativa su enseñanza” obra citada, p. 46

¹⁴⁰ LÓPEZ MONROY, José de Jesús, Ob. Cit., p. 138.

según la cual el juez debe seguir el precedente sin plantearse la cuestión de si está bien fundado o en qué proporción lo considera erróneo, anticuado o injusto, hasta la afirmación contraria, según la cual un precedente sólo vale en proporción al peso de su razón; para lo cual el juez tiene el deber de hacer prevalecer su concepto personal de la justicia”¹⁴¹.

En cualquier caso, si un tribunal se aparta de su propio precedente o del establecido por su superior, la “sanción” que aplica éste último es dejar sin efecto lo decidido por quien se apartó. “Si existe obligación jurídica de seguir los precedentes –como existe en el common law –ello no se debe a que existen sanciones en caso de incumplimiento. Es más bien al revés: porque existe obligación jurídica de seguir los precedentes es que los tribunales superiores dejan sin efecto las decisiones inferiores que no la cumplen, sancionando así de alguna manera ese incumplimiento”¹⁴².

MICHELE TARUFFO, citando un ensayo titulado “Las 33 cosas que se puede hacer con un precedente” señala que “Una es aplicarlo, las otras treinta y dos son como no aplicar el precedente. Entonces, ustedes entienden que si hay treinta y dos maneras de no aplicar un precedente, hablar de precedente parece bastante extraño. Esto por Inglaterra, porque esta es la patria originaria del precedente. En Estados Unidos ningún juez se considera verdaderamente vinculado al precedente. El juez americano aplica el precedente si y sólo si considera que aplicando el precedente llega a una conclusión que él piensa que es justa”¹⁴³.

25.6 Ratio decidendi y obiter dictum

Este apartado nos permite distinguir un asunto medular para nuestra investigación, pues se entiende que dentro del *common law* lo que va a

¹⁴¹ TUNC, André y Suzanne TUNC, Op. Cit., p. 234.

¹⁴² LEGARRE, Santiago y Julio César Rivera: “Naturaleza y dimensiones del stare decisis”. En librería científica electrónica on line SCIELO: Revista chilena de derecho, Vol. 33 N° 1, Santiago, Abril 2006. Fuente: <https://scielo.conicyt.cl>

¹⁴³ TARUFFO, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de Civil Law”; En Revista IUS ET VERITAS N° 45, Diciembre 2012, Lima, p. 45.

perfilar o consagrar determinado precedente son los argumentos o razones (*ratio decidendi*) que justifican la decisión y que un nuevo juez evaluará en el nuevo caso donde sea invocado; cosa absolutamente distinta a lo que se ha hecho con el precedente constitucional en nuestro país, donde el Tribunal Constitucional es quien predetermina cuál es el extremo vinculante y tiene que ser aplicado “bajo responsabilidad” por el juez peruano.

Dentro del sistema de precedentes, lo primero que hay que hacer es declarar los hechos sustanciales y rechazar los que no lo son, a fin de determinar el principio normativo, llamado *ratio decidendi*, sobre cuya base el juez fundamentará su decisión. Será esta *ratio decidendi* la parte vinculante de un precedente, pero “no hay un texto o un grupo de palabras exactas que sean identificadas como la *ratio decidendi* de una decisión, sino que se trata de un principio implícito dentro de esta, a pesar de que al propio tiempo estemos hablando del *elemento determinante* de la sentencia, el cual será seguido en los casos sustancialmente similares que le siguen (*case law*). La tarea de determinar la *ratio decidendi* será para los jueces posteriores o el mismo juez en un ulterior caso”¹⁴⁴.

De hecho, dentro de la misma doctrina del *common law* existen diferentes versiones de lo que es la *ratio decidendi*; es posible entenderlo como el criterio jurídico utilizado para calificar los hechos relevantes del caso; desde otra perspectiva, es entendido como el principio jurídico utilizado para decidir, con una acentuación sobre la norma en vez del hecho.

Como lo advertimos más arriba, lo que perfila determinado precedente dentro del *common law* son los argumentos o razones (*ratio decidendi*) que justifican la decisión y que un nuevo juez evaluará en el nuevo caso donde sea invocado; cosa absolutamente distinta a lo que se ha hecho con el precedente constitucional en nuestro país, pues el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que es el Tribunal

¹⁴⁴ TITO PUCA, Yolanda Soledad, *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, 1ª Edición, Lima, Diciembre 2011, p. 30.

Constitucional el que determina cuál es el extremo normativo cuando emite un precedente vinculante.

Por otro lado, el *obiter dictum* está referido a los demás argumentos y razonamientos esgrimidos por el juez en cada caso, pero que no constituyen el principio normativo sobre el que se dictará la decisión. Puede ser identificado por exclusión, pues es todo aquello que no forma parte de la *ratio decidendi*.

25.7 Overruling y distinguishing

El *stare decisis*, en el sistema inglés y con mayor razón en el sistema norteamericano, no constituye precedente absoluto e inmutable; esto quiere decir que los jueces de todas las instancias no se encuentran sometidos incondicional e irremediabilmente a su acatamiento y cumplimiento, pues, la experiencia de dichos países demuestra que a menudo el juez al ver y resolver el caso, aunque de manera excepcional, resuelve apartarse de ella.

Si el mismo órgano que ha establecido el precedente vinculante, es quien pretende desconocer su aplicación al nuevo caso (*House of Lords* en el caso de Inglaterra y de la Suprema Corte en el caso norteamericano), la figura a aplicarse será el *overruling*.

La decisión de apartarse de un precedente se hace mediante lo que se llama en el mundo anglosajón *overruling*, en una suerte de derogación judicial. Según autorizados comentarios la posibilidad de *overruling* implica la desaparición de la obligatoriedad horizontal: si en ciertas circunstancias el tribunal puede desligarse de un precedente, quiere decir que en definitiva no está obligado por él. Si bien hay en esto algo de verdad, también lo es el hecho de que el apartamiento requiera un acto derogatorio expreso es una prueba de que la regla general sigue siendo la obligatoriedad. “Los litigantes pueden confiar en que, en principio, la *House of Lords* va a aplicar sus

propios precedentes; sólo en casos excepcionales, y no sin una previa y completa discusión, se dará el supuesto de *overruling*¹⁴⁵.

En el plano vertical, sólo los tribunales superiores pueden derogar decisiones de los inferiores; horizontalmente los diferentes tribunales están autorizados a apartarse de sus anteriores decisiones. La excepción será la *anticipatory overruling* (derogación anticipada) americana, donde el inferior se aparta del precedente, previendo que el superior igual lo va a hacer.

Si es la instancia inferior a la que estableció el precedente la que decide no acatar el *stare decisis*, entonces el *distinguishing* es la figura aplicable, si concluye que es distinto el supuesto que se va a resolver.

A manera de ilustración tenemos que en el caso *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* (1942), la *House of Lords* vino a derogar el precedente del caso *Chandler v. Webster* (1904), pues en éste se había establecido que una persona que paga por adelantado el alquiler de una habitación con ventanas a la calle para ver una coronación, no puede recuperar su dinero si se anula o cancela el evento (obligatoriedad del contrato). En oposición a la doctrina allí establecida, en el caso de la empresa polaca Fibrosa sí ordenó que la compañía inglesa Fairbairn le devuelva el dinero que aquella había adelantado por unas máquinas de tejer, pues se frustró el contrato con motivo de la invasión de Alemania a Polonia, consecuencia de lo cual Gran Bretaña declaró la guerra a Alemania.

“El tema de la analogía es crucial para la técnica del precedente. La falta de similitud entre un caso y un determinado precedente permite *distinguirlos* y, por tanto, no aplicar el precedente al nuevo caso que tiene elementos relevantes distintos. Esto se conoce como *distinguishing*¹⁴⁶.

Sobre este tema existe abundante jurisprudencia en la experiencia norteamericana, como cuando al resolver el caso *Grant v. The Australian Knitting Mills* (1936) se distinguió de *Donoghue v. Stevenson* (1932; un caso

¹⁴⁵ LEGARRE, Santiago, *Naturaleza y dimensiones del stare decisis*, La Ley, 2005, p. 850.

¹⁴⁶ LEGARRE, Santiago, Op. Cit., p. 851

de responsabilidad civil conocido como el caso del caracol en la botella). El señor Grant había contraído dermatitis después de usar unos calzoncillos que tenían exceso de sulfatos, por lo que invocando lo resuelto en el caso Donoghue demandó al fabricante (Australian Knitting Mills), pero su demanda fue rechazada porque a diferencia de ese caso el señor Grant no le compró al fabricante, sino a un intermediario, además que pudo probar el producto antes de adquirirlo.

En definitiva y conforme lo señala NEIL MacCORMICK¹⁴⁷ el hecho de que un precedente sea o no identificable no está condicionado simplemente por la cuestión de si de alguna manera es identificable; está también y esencialmente condicionado por el hecho de que al tribunal le parezca que hay muy buenas razones para distinguirlo. Dichas razones están en la naturaleza del caso específico y en ellas los valores que necesariamente se incorporan y cambian con el tiempo.

ALEXY¹⁴⁸ las analiza como dos técnicas de divergencia: el *distinguishing* y el *overruling*. Para dicho autor, la técnica del *distinguishing* se utiliza para interpretar estrictamente la norma que subyace en el precedente introduciendo un supuesto de hecho no existente en el caso a decidir. De esta manera el precedente no será aplicado en el caso a resolver pero su valor como precedente se mantiene inalterado. Por el contrario, la técnica del *overruling* se utiliza para rechazar el precedente. En ambos casos es necesario aportar razones jurídicas, siendo válidos los argumentos prácticos de carácter general y todos los pertinentes posibles en el discurso jurídico.

25.8 Judicial review

El término *judicial review* está relacionado con el control difuso al que hemos hecho referencia líneas atrás (ítem 16), conocido también como Sistema

¹⁴⁷ MacCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Company*, Boston Toronto, p. 23.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica- la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1ª reimpresión, traducción Manuel Atienza, Centro de Estudios Constitucionales 1997, p. 43.

Americano. “En los Estados Unidos, el término Judicial Review se refiere a la práctica jurídica de darle a las cortes el poder de determinar si una norma se encuentra conforme con los requisitos de la constitución, es decir, si la norma cae dentro de los poderes que el pueblo le ha otorgado a su gobierno o si viola algún derecho reconocido por la Constitución. De ello resulta el poder para determinar si las acciones realizadas por los funcionarios ejecutivos están autorizadas por alguna norma también compatible con la Constitución”¹⁴⁹.

25.9 *Leading case*

La palabra *leading* viene a ser un gerundio que proviene del vocablo inglés *leader*, que castellanizado pasó a escribirse “líder”, mientras que *case* es otro vocablo inglés que en nuestro idioma alude a un “caso o litigio”, de forma que unidos los dos vocablos en inglés, equivale a decir que estamos ante un “caso líder” o *leading case*; esto es, cuando mediante una decisión judicial se resuelve de manera novedosa un asunto, se coloca como derrotero para los nuevos casos por resolver y se erige como vinculante para los demás órganos jurisdiccionales¹⁵⁰.

Leading case también es entendido como “gran precedente”, como cuando se alude al caso Marbury vs. Madison, pero así como puede ser entendido como precedente, también es posible negarse dicha equivalencia, asignándosele al *leading case* sólo el carácter novedoso de su motivación y/o porque se refiere a un litigio mediático, por lo que su uso sería más bien periodístico.

¹⁴⁹ TUSHNET, Mark, *Constitucionalismo y Judicial Review*, 1ª Edición de Palestra Editores, Lima, Mayo del 2013, p. 71.

¹⁵⁰ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *¿Existe el “leading case” en el derecho peruano?*, En: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/ExisteElLeadingCase.pdf>

26. La jurisprudencia en el *civil law*

En esencia, la existencia del precedente tiene que ver con la predictibilidad de las decisiones judiciales y ésta con la necesidad de que los casos similares sean resueltos de la misma manera, en aras del derecho a la igualdad y la seguridad jurídica. De hecho, el sentido común y la jurisprudencia apuntan a que los casos similares sean resueltos de manera similar, pero lo que distingue al *common law* es la obligatoriedad de la jurisprudencia, mientras que en el *civil law* sólo tiene poder persuasivo, pues no es en estricto fuente del derecho en este sistema; en otras palabras, la obligatoriedad del precedente es al primero, como la obligatoriedad de la ley es al segundo.

Como adelantáramos al tratar sobre la jurisprudencia como fuente del derecho (acápite 23), mientras en el *civil law* la jurisprudencia no es obligatoria, sucede todo lo contrario en el modelo del precedente del *common law*.

En el caso peruano, no obstante estar adscrito al sistema del *civil law*, por esa suerte de “convergencia” de sistemas al que aludiremos enseguida, la figura del precedente se está perfilando como fuente del derecho formal. Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que tanto el Poder Judicial como dicho tribunal son órganos constitucionales que produce la fuente de derecho que llamamos jurisprudencia, dentro del marco de la Constitución y la legislación vigente (STC Exp. 047-2004-AI/TC del 24 de Abril del 2006, fundamentos 33 -34)

27. Convergencia de los sistemas

Al igual como sucedió con otra de las “mega” clasificaciones como lo era el de Derecho Público y el Derecho Privado, las fronteras entre el *common law*

y *civil law* se van diluyendo, pues en los países de derecho judicial toma lugar un derecho de formación legislativa (*statutory law*), en tanto que en los países de derecho legislativo los precedentes van ocupando un papel que con el tiempo es cada vez más importante.

Así, cuando MICHELE TARUFFO se refiere al precedente, “establece que ya no existe la original y marcada distinción que había entre el *common law* y el *civil law*. Tendencia muy afortunada, pues la tarea de fijar jurisprudencia que brinde certeza y seguridad jurídica a todas las partes es una de las principales y más importantes funciones del juez contemporáneo. De esta forma es posible reconocer que el precedente se ha convertido en uno de los insumos de mayor relevancia en el dictado de una sentencia”¹⁵¹.

28. El caso peruano

El Perú se adscribe al sistema del *civil law*, pero por esa suerte de “convergencia” al que hemos hecho referencia, se ha tomado del *commow law* la figura del precedente, en la necesidad de uniformizar la jurisprudencia, entre otras razones, apuntando a la predictibilidad de las decisiones judiciales y para garantizar el derecho a la igualdad, de modo que ante dos casos esencialmente parecidos, deberían merecer similar resultado dentro del proceso.

La particularidad de esta “importación” del precedente, desde nuestra posición, es que soslayándose el criterio del juez, se “impone” la autoridad del Tribunal Constitucional, de modo que sin importar los argumentos de éste último, aquél debe sí o sí aplicar la jurisprudencia o precedente constitucional, si no quiere verse expuesto a una investigación o sanción disciplinaria.

¹⁵¹ TARUFFO, Michele, *Proceso y decisión, Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 20-21.

Lo que perfila determinado precedente dentro del *common law* son los argumentos o razones (*ratio decidendi*) que justifican la decisión y que el mismo u otro juez evaluará en el nuevo caso donde sea invocado; cosa absolutamente distinta a lo que se ha hecho con el precedente constitucional en nuestro país, pues el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que es el Tribunal Constitucional el que determina cuál es el extremo normativo cuando dicta un precedente vinculante.

En el *common law*, de donde es oriunda la figura del precedente, si un tribunal se aparta de su propio precedente o del establecido por su superior, la “sanción” que aplica éste último es dejar sin efecto lo decidido por quien se apartó y no la sanción disciplinaria que se aplica en nuestro país, sobre la base que el juez peruano tiene que aplicar la jurisprudencia y precedentes del Tribunal Constitucional “bajo responsabilidad”, como lo decreta la 1ª Disposición Final de la Ley 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

28.1 Plenos jurisdiccionales

Cuando en la práctica judicial se identifican asuntos sobre los que los jueces superiores, especializados, mixtos o de paz letrado dictan decisiones diferentes, los miembros de las Salas Especializadas están autorizados a concordar la jurisprudencia de su especialidad, en los llamados plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales. Así lo regula el Art. 116º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y es el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial el encargado de aprobar la realización de dichos plenos a través del Centro de Investigaciones Judiciales.

La realización de los plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales está sujeta a una Guía Metodológica, que regula su desarrollo y la difusión de las conclusiones; “el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial (CIJ), órgano de apoyo por excelencia para la realización de los plenos jurisdiccionales, es el encargado de proponer la realización de los

PJC [plenos jurisdiccionales civiles] en todos los niveles. Si la propuesta consiste en que se reúnan los jueces superiores de las salas civiles de una Corte Superior, estamos ante un PJC distrital. Si la propuesta busca que se reúnan los jueces superiores de las salas civiles de un grupo de cortes superiores, pues nos hallamos ante un PJC regional. Si la finalidad de la propuesta es reunir a los jueces superiores de las salas civiles de todas las cortes del país, se trata de un PJC nacional. Sólo los PJC distritales pretenden reunir la totalidad de su respectivo grupo de magistrados de la especialidad civil. En el caso de los PJC regionales y nacionales, por cada corte superior participante se designa solo un pequeño grupo de jueces superiores de salas civiles para que asistan. Esto es así porque se busca evitar que los PJC perjudiquen el servicio a los usuarios. Además, dados los conocidos problemas presupuestarios que aquejan al Poder Judicial, también se busca ahorrar el presupuesto, pues no es difícil imaginar los altos costos que involucra reunir –brindando las facilidades que corresponden –a un gran número de jueces de distintas partes del país en un solo lugar”¹⁵².

La ventaja de este sistema de plenos jurisdiccionales es que emerge del interior del Poder Judicial, como solución a los distintos temas jurídicos sobre los que no hay uniformidad en la interpretación de las normas; es decir, no a través de una directiva administrativa o por imposición de un órgano ajeno.

Las desventajas son esencialmente dos; una, porque a pesar que en el debate participan los jueces especializados o mixtos, finalmente sólo los jueces superiores tienen derecho a votar sobre determinada posición. La otra y principal desventaja, como lo reconoce la propia Guía Metodológica, es que los acuerdos no poseen fuerza vinculante para la solución de un caso particular, limitándose a ser lineamientos orientadores que favorecen la predictibilidad.

¹⁵² NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, *Manifiesto sobre los Plenos Jurisdiccionales Civiles*, publicación electrónica BEPRESS, Lima, octubre del 2016, p. 10.

A pesar de esto, hay quienes consideran que si los jueces superiores se reúnen (no como tales, sino como integrantes de una corte superior de justicia), intervienen, debaten y votan a favor de determinadas posiciones, para “concordar” la jurisprudencia de su especialidad, los acuerdos adoptados deberían ser vinculantes, pues la realización de los plenos jurisdiccionales no sólo tienen origen legal, sino que sólo así se justificaría la inversión en su realización. En esa línea FORT NINAMANCCO señala que “es lícito afirmar que si antes del PJC [pleno jurisdiccional civil] los criterios de los jueces no estaban de acuerdo, pues luego del mismo debe entenderse que los criterios estarán de acuerdo. Solo así se cumple la función de concordancia jurisprudencial, solo así se puede decir que, por medio de un PJC se pone de acuerdo lo que estaba en desacuerdo. De este modo, un PJC distrital vinculará solamente a los jueces de la corte superior respectiva. Un PJC regional vinculará solo a los jueces de las cortes superiores participantes. Solo un PJC nacional vinculará a todas las cortes superiores del país”¹⁵³.

En la práctica empero, los acuerdos no son tomados en cuenta por los jueces en sus decisiones y menos como vinculantes; eventualmente son citados para reforzar la posición plasmada en la resolución. El problema es que no existe una debida difusión de tales acuerdos entre los abogados, litigantes e inclusive en el mismo seno del Poder Judicial; lo que se explica porque no están sistematizados en una plataforma de fácil acceso. Esto permitiría que las partes pongan en debate la aplicación de determinado acuerdo en un caso de determinado.

28.2 Jurisprudencia judicial vinculante

Si el problema con los plenos jurisdiccionales es que no vincula a los jueces, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1991 prescribe en su Art. 22° que las

¹⁵³ NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, Op. Cit., p. 16 -17.

Salas de la Corte Suprema publican en el Diario Oficial las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales y constituyen así precedente de obligatorio cumplimiento, pero más adelante acepta que en caso los jueces *“por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan”*¹⁵⁴.

El texto primigenio del Art. 34° de la Ley 27584 (año 2001) reguló la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, que por modificación introducida por D. Leg 1057 (año 2008) pasó a llamarse precedente vinculante, pero en cualquier caso se permite a los órganos jurisdiccionales se puedan apartar si se presentan circunstancias particulares.

En el año 2004 se dicta el D. Leg 959 que incorpora al Código de Procedimientos Penales el Art. 301 –A, que prescribe que las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema constituyen precedente vinculante cuando así lo señalen expresamente dichas sentencias. El Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957) señala en su Art. 433.3 que lo resuelto en Casación puede, según el caso, señalarse que constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales en materia penal “diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique”.

En el año 1992 se dictó el D. Leg 768 por el que se promulgó el Código Procesal Civil, en cuyo Art. 400° se regula la doctrina jurisprudencial vinculante que resulta del Pleno Casatorio, que pasó a llamarse precedente judicial vinculante por modificación introducida por Ley 29364 (año 2009).

En términos generales, la doctrina jurisprudencial de las Salas de la Corte Suprema no han sido en estricto “vinculantes”, pues siempre será posible apartarse motivadamente, y ni qué decir de los Plenos Jurisdiccionales. Así por ejemplo, la decisión que se toma en mayoría absoluta de los asistentes

¹⁵⁴ Esta fórmula tuvo similar antecedente en el Art. 22° de la derogada Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada por D. Leg 612 de 1990.

al pleno casatorio civil constituye precedente judicial, pero inclusive aquí es posible que un juez se aparte motivadamente de dicha decisión. De ahí que el Art. 386° del mismo código señale que el recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial (en sentido contrario, es viable el apartamiento motivado). En el área penal, también es causal de casación “si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema” (Art. 429.5 del Nuevo Código Procesal Penal).

Como puede apreciarse, a las fórmulas “flexibles” que permitían a los órganos jurisdiccionales apartarse de la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia vinculante, se han incorporado nuevas fórmulas que bajo el nombre de precedente hacen hincapié en su carácter vinculante, como también lo hará la justicia constitucional, pero con la especial característica “coercitiva” impuesta en la 1ª Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

28.3 Jurisprudencia y precedente constitucional vinculante

La jurisprudencia constitucional vinculante en nuestro país, la constituye la interpretación forjada en las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, sobre los preceptos y principios constitucionales a la luz de los cuales todo juez debe aplicar e interpretar la ley, de acuerdo a lo regulado en el Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Por otro lado, el precedente constitucional está regulado en el Art. VII del Título Preliminar del referido código, cuando prescribe que será tal cuando así lo exprese la misma sentencia del Tribunal Constitucional. Al referirnos a precedente, “se alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo, crea el juez para resolver el caso

planteado, y que debe o puede servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo. Deberá servir para resolver el futuro caso análogo si se trata de un precedente vinculante, y sólo podrá servir para ello si se trata de un precedente persuasivo”¹⁵⁵.

“Sin embargo, una decisión por sí sola no es suficiente para dar solución a todos los problemas jurídicos que existen con relación a una cuestión controvertida. Se requiere por tanto que una serie de decisiones judiciales posteriores que aborden y den respuesta a esas distintas caras o aspectos problemáticos que comprende la cuestión. La doctrina judicial surge, precisamente, cuando se pueden ordenar y entrelazar un conjunto de decisiones judiciales y tener así una visión global acerca de las distintas aristas de un problema y del derecho que ha de regir en cada caso”¹⁵⁶.

28.4 Precedente vinculante e independencia judicial

“Invocar la independencia judicial para desacatar la jurisprudencia constitucional o el propio precedente, sólo puede significar una comprensión del orden jurídico que se cierra sin la participación del ente calificado como órgano que concreta las normas constitucionales. En ese sentido [el Tribunal Constitucional] ha hablado de *coherencia interna del ordenamiento jurídico* o también del principio de *unidad interpretativa* de la Constitución que se verían burlados de no acatarse las interpretaciones vinculantes”¹⁵⁷ de dicho Tribunal.

LANDA ARROYO, citando una sentencia en la que intervino como miembro del Tribunal Constitucional (Exp. 0030-2005-PI/TC), nos recuerda que “cuando se establece que determinados dictados [por el Tribunal Constitucional] resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la

¹⁵⁵ TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny, *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, 2ª Edición actualizada, Adrus D&L Editores, Lima, 2014, p. 35.

¹⁵⁶ TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny, Op. Cit., 37.

¹⁵⁷ TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny, Op. Cit., 49-50.

independencia y autonomía del Poder Judicial, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico; máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación ... ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última *ratio* en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales”¹⁵⁸.

Para los fines de la presente tesis, no estamos sosteniendo que la existencia de la jurisprudencia y/o precedente vinculante constitucional afecten por sí solas la independencia del juez; de hecho, poco aportaría a la predictibilidad, si las sentencias del “máximo” intérprete de la Constitución pudieran ser ignoradas por el juez ordinario.

Lo que identificamos como una afectación a dicha independencia es que se “imponga” su aplicación bajo la amenaza de una investigación o sanción disciplinaria. Literalmente, la 1ª Disposición Final de la Ley 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que “Los jueces interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”.

El texto fue propuesto por el entonces Tribunal Constitucional, que se trabajó en el Congreso como Proyecto de Ley 09508. Un seguimiento a los antecedentes: Leyes 23385 (1982) y 23506 (1982) no evidencia una regulación similar. Será con la Ley 25398 (1992) que se decía que el juez incurría en responsabilidad, pero si no motivaba las razones por las que se apartaba de la jurisprudencia obligatoria.

¹⁵⁸ LANDA ARROYO, César, *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Palestra Editores, 1ª Edición, Lima, Abril del 2010, p. 66.

SUBCAPÍTULO V

CONTROL DISCIPLINARIO DE LOS JUECES

29. Función pública

Para el cumplimiento de sus funciones el Estado se sirve de personas, que una vez dentro de la función pública, serán servidores que conforman una “burocracia profesionalizada” sujeta a reglas y parámetros de conducta. En ese contexto, el objeto del derecho de la función pública es “determinar las condiciones de trabajo de los servidores públicos y, en consecuencia, los derechos y obligaciones que les corresponden a aquellos en su relación con la administración”¹⁵⁹.

El Estado es finalmente una abstracción, que materializa el ejercicio del poder a través de la autoridad, o mejor dicho a través de funcionarios que ejercen autoridad, como pueden ser los parlamentarios, la policía, los jueces, los alcaldes. El ingreso voluntario del ciudadano a la comunidad jurídica del Estado, lo hace acreedor a un estatus, de servidor o funcionario público, que lo distingue del resto de sus pares. En el Perú, por ejemplo, un Congresista no puede ser procesado penalmente si previamente no lo autoriza el Congreso o la Comisión Permanente (Art. 93° de la Constitución) y el Defensor del Pueblo goza de la misma inmunidad (Art. 161°); pero, aun cuando todo ciudadano tiene derecho a elegir y ser elegido, el Defensor del Pueblo no puede ser elegido Congresista si no ha dejado el cargo seis meses antes de la elección, y lo mismo sucede con los miembros del Poder Judicial, del Ministerio Público y otros funcionarios públicos (Art. 91°).

¹⁵⁹ ISAZA SERRANO, Carlos Mario, *Teoría General del derecho Disciplinario*, 2ª Edición, TEMIS, Bogotá, 2009, p. 49.

30. Derecho disciplinario

Como ciudadano, el funcionario público está sujeto a las mismas reglas, obligaciones, restricciones y limitaciones que el común de las personas, pero en atención a su particular condición, sus acciones u omisiones merecen especial tratamiento, como cuando se penalizan los delitos cometidos en el ejercicio de dicha función pública (abuso de autoridad, concusión, peculado, corrupción, etc).

A diferencia de la persecución penal especial antes señalada, la conducta del funcionario dentro de su institución (al margen de que constituya o no delito) es sancionada por un órgano especializado, llámese oficina de control, contraloría, inspección, etc. De esta manera, como parte de la organización de la función pública, el funcionario forma parte de una “relación especial de sujeción”, como consecuencia de la cual se encuentra en una situación de sometimiento distinta y más intensa que el común de los ciudadanos, pero en la que rige la reserva de la ley; por eso, “el servidor público no puede alegar como un daño su sometimiento a la potestad disciplinaria del Estado, dado que este sometimiento es el resultado de una elección entre las muchas iniciativas compatibles con el derecho de trabajo”¹⁶⁰.

Entonces, dentro del derecho público, el régimen disciplinario surge por la necesidad de que sus destinatarios, en razón de esa “relación especial de sujeción”, cumplan sus deberes con la debida honradez y eficiencia, para los logros de los objetivos institucionales; primero, dentro de un marco pedagógico y preventivo; luego, mediante reglas de prohibición y corrección.

Dicho esto, el derecho disciplinario “puede definirse como el conjunto de normas jurídicas sustanciales y procesales que tiene como fin imponerle a una comunidad específica, con el propósito de obligarlo a actuar de una

¹⁶⁰ ISAZA SERRANO, Carlos Mario, Op. Cit., p. 57.

forma correcta; por lo que esa forma correcta de actuar serían: (las obligaciones, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades), al faltar un deber o al faltar al cumplimiento de conducta, debe darse seguimiento a la sanción disciplinaria”¹⁶¹.

31. Procedimiento disciplinario en el Perú

El Art. 43° de la Ley 29277 –Ley de la Carrera Judicial, señala que “Los miembros del Poder Judicial son responsables civil, penal y administrativamente con arreglo a la ley de la materia”. La responsabilidad personal del juez será civil, “cuando en el ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable”, como lo prescribe el Art. 509° del Código Procesal Civil. El mismo dispositivo señala que la conducta es dolosa cuando el juez “incurre en falsedad o fraude o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia”, y será culpa inexcusable “cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado”.

La responsabilidad puede ser penal, entre otros supuestos, cuando emite resolución contraria al texto expreso de la ley, invoca pruebas que no existen o hechos falsos, o se sustenta en supuestas leyes o que han sido derogadas (delito de prevaricato; Art. 418° del Código Penal); o cuando se niega a impartir justicia o elude resolver pretextando defecto o deficiencia de la ley (delito de denegación y retardo de justicia; Art. 422° del Código Penal).

La responsabilidad administrativa disciplinaria del juez está regulada en el Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura aprobado por Resolución Administrativa 243-2015-CE-PJ del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, de fecha 22 de Julio del 2015.

¹⁶¹ CERVANTES ANAYA, Dante, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial RODHAS, 7ª Edición, Lima, Junio 2013, p. 219.

A la responsabilidad civil, penal y administrativa habrá que añadir la responsabilidad política y penal de los jueces de la Corte Suprema, conforme se desprende del texto del Art. 99° de la Constitución.

El proceso se inicia a pedido de parte (queja) o de oficio, por cuestionamiento público, lo encontrado en una visita o ante la noticia de un acto irregular. La OCMA puede investigar y sancionar a los jueces a nivel nacional, mientras que en cada distrito judicial funciona una Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura –ODECMA. Específicamente, investigan y sancionan jueces de paz letrados, especializados o mixtos, así como a jueces superiores, cuando las sanciones a imponer son las de amonestación, multa y suspensión (control interno). Cuando el hecho investigado amerita sanción de destitución, el control es mixto, ya que interviene en una primera fase el Poder Judicial (OCMA u ODECMA) y al final lo hacía el desaparecido Consejo Nacional de la Magistratura, sustituido por la Junta Nacional de Justicia según Ley 30916. Mientras no se instalaba dicha Junta estuvieron en suspenso propuestas de destitución, por lo que la OCMA pidió al Congreso se le otorguen facultades extraordinarias a la Sala Plena de la Corte Suprema para que pueda resolver dichas propuestas, pero ahora ya han sido elegidos y prestaron juramento los miembros de la flamante Junta Nacional de Justicia. Excepcionalmente, el Art. 44° de la Ley 30916 permite que la Junta investigue a jueces y fiscales de otras instancias.

En el caso de los jueces supremos el control es externo, pues la competencia era exclusiva del Consejo Nacional de la Magistratura¹⁶² y lo seguirá siendo ahora la Junta Nacional de Justicia, que desde el mes de Enero del 2020 ya entró en funciones.

¹⁶² Se publicó en El Peruano el 28 de Julio del 2018 la Ley 30833 que declaró en emergencia y suspendió el funcionamiento del Consejo Nacional de la Magistratura, mientras que el 19 de Febrero del 2019 la Ley 30916 –Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia.

32. Procedimiento disciplinario. Principios

El Art. 3º del Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura (Resolución Administrativa 243-2015-CE-PJ) contempla los principios de la función de control:

- Legalidad: Las acciones de control deben adecuarse con respeto a la Constitución, las leyes, dicho reglamento y al Derecho.
- Debido procedimiento: Quienes son sometidos a procedimiento disciplinario tienen garantizados todos sus derechos, a fin de que puedan argumentar su defensa, ofrecer las pruebas que convenga a sus intereses y a obtener una decisión debidamente motivada.
- Principio de impulso de oficio: Una vez iniciado el procedimiento, es responsabilidad que este concluya dentro de los plazos que el mismo reglamento contempla, bajo responsabilidad del órgano contralor respectivo.
- Razonabilidad: En todo momento, el órgano contralor debe ejercer razonablemente la facultad que le confiere la ley, desde que califica la conducta funcional hasta que emite la decisión final, pasando por las medidas cautelares que dicta, cuidando que haya proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que tutela.
- Celeridad: Entre la calificación de la infracción y la decisión final deben cumplirse los plazos previstos por el reglamento, para lo cual deben obviarse los meros formalismos o cualquier actuación que cause innecesaria dilación del procedimiento.

- Presunción de licitud: Desde que se inicia el procedimiento y sobre todo al emitir decisión final, el órgano contralor debe partir de la presunción de que los jueces y servidores han actuado de acuerdo con sus deberes; lo cual es importante porque al igual que sucede con el proceso penal, corresponderá entonces al órgano competente de control o a quien formula la queja, acreditar que se omitió determinado deber o se incurrió en alguna infracción.

Al margen de lo previsto en el mencionado Reglamento, la aplicación de dichos principios es perfectamente concordable con los principios de la potestad sancionadora administrativa regulados en el Art. 246° del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General, entre los que destacan:

- Legalidad:

Se señala que únicamente se puede atribuir potestad sancionadora en virtud de norma con rango de ley, al igual que las consecuencias de la sanción que se puedan imponer.

Este principio también es conocido como el de Tipicidad, y tiene por finalidad establecer en forma clara y anticipada qué conducta es sancionada. Con esto se excluye la arbitrariedad y se garantiza la seguridad jurídica. Luego, “por lo que atañe al campo disciplinario aplicable al servidor público –como también ocurre en el terreno penal – la persona es responsable por actuar de determinada manera no querida por el legislador (conducta positiva) como por dejar de hacer algo que debería hacerse según los mandatos de la ley (conducta negativa u omisión), siempre y cuando se establezca la culpabilidad del agente”¹⁶³.

- Debido procedimiento:

Se deben respetar las garantías del debido proceso en sede administrativa. “Un primer aspecto que actualmente ya no se discute es

¹⁶³ ISAZA SERRANO, Carlos Mario, Op. Cit., p. 213.

que el debido proceso no solo tiene alcance jurisdiccional, sino que se proyecta a otros ámbitos del quehacer público, como el administrativo. Superada esta etapa de análisis, la incorporación de debido proceso al procedimiento –en particular en materia sancionadora –conlleva asumir el más amplio sistema de garantías inherentes a la dignidad de las personas, en orden a obtener decisiones justas”¹⁶⁴; lo que implica desterrar la posibilidad que se imponga sanción sin conocimiento del administrado, pues de lo que se trata es que tenga derecho a exponer sus argumentos, ofrecer prueba y a obtener una decisión debidamente motivada, entre otras garantías.

- Razonabilidad:

Las sanciones deben ser proporcionales al incumplimiento, teniéndose presente la gravedad del daño, el perjuicio económico, el beneficio ilegalmente obtenido, entre otros factores. Lo contrario implicaría que la administración ejerza abusivamente su facultad sancionadora, o sea “un vicio que la Administración comete no frente al inocente, sino frente a aquel que ha incurrido en la conducta ilícita, pero no por ello sus bienes o derechos deben quedar a la merced de la Administración, sino solo en aquella medida que el sistema jurídico acepte como proporcional en función del caso concreto”¹⁶⁵. Se trata de evitar excesos de punición, de modo que este principio de razonabilidad será respetado siempre que se tomen en cuenta cada uno de los citados elementos de valoración explícitamente previstos en la ley, fueren o no invocados por los administrados.

- Tipicidad:

La administración está habilitada para imponer la sanción que corresponda, siempre que el hecho investigado esté previsto como infracción sancionable en una norma con rango de ley. “Este principio exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes: i) la reserva de la

¹⁶⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 10ª Edición, Febrero 2014, p. 752 -753.

¹⁶⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Op. Cit., p. 756.

ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la Administración; ii) la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; iii) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos (desde el punto de vista concreto, la tipificación es de interpretación restrictiva y correcta)”¹⁶⁶. Por eso está proscrito que la descripción normativa del ilícito (infracción) sea genérica o imprecisa, de modo que no pueda identificarse cuál es la conducta sancionable; esto es, sin proporcionar información suficiente y clara en torno al comportamiento infractor.

Sin embargo, tampoco se trata de llevar a extremos la tipificación, pues sería pretender regular una larga posibilidad de hechos (casuística inconveniente), con el riesgo de dejar impune supuestos que no deberían dejar de contemplarse, por lo que no es contrario al principio bajo comentario que se utilicen conceptos jurídicos indeterminados en la definición de la conducta sancionable, con la condición de que sea posible materializar esos conceptos con criterios generales.

- Irretroactividad:

Se aplican las disposiciones vigentes al momento que se incurre en la infracción, salvo que las posteriores le sean más favorables al que la cometió. “En tal sentido, si luego de la comisión del ilícito administrativo, en los términos de la norma preexistente se produce una modificación legislativa, y la nueva norma es, en su consideración integral, más benigna para el administrado, entonces deberá ser dicha ley aplicada al caso por serle más favorable o benigna, pese a no haber regido al momento en que se ejecutara el ilícito administrativo. Pero, la apreciación de favorabilidad de la norma debe efectuarse de manera integral, sin fraccionamientos, de modo que en aquellos casos en que el nuevo régimen legislativo contenga partes favorables y partes

¹⁶⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Op. Cit., p. 766.

desfavorables (por ejemplo, disminuir la sanción, pero incrementar una medida correctiva), lo correcto será determinar si, en bloque, se trata realmente de una regulación más benigna”¹⁶⁷.

- Causalidad:

La responsabilidad y eventual sanción disciplinaria debe recaer sobre la persona que omite la conducta debida o comete la conducta activa tipificada como infracción. Como consecuencia de ello, el administrado no podrá ser sancionado por hechos cometidos por terceros, como por ejemplo el subordinado, por lo que tampoco se sanciona al instigador o colaborador, salvo que esta conducta esté prevista de manera independiente como falta propia.

- Presunción de licitud:

Se presume que los administrados han obrado apegados a sus deberes mientras no exista evidencia que acredite contrario. “Dicha presunción cubre al imputado durante el procedimiento sancionador, y se desvanece o confirma gradualmente, a medida que la actividad probatoria se va desarrollando, para finalmente definirse mediante el acto administrativo final del procedimiento. La presunción solo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción”¹⁶⁸.

Como consecuencia de este principio, se deben respetar los siguientes lineamientos a favor del imputado:

i) El investigado sólo podrá ser sancionado si existen pruebas obtenidas legalmente, idóneas y suficientes que generen convicción, y siempre que hayan sido sometidas a contradicción; es decir, que el imputado haya podido tomar conocimiento y pronunciarse respecto de esas pruebas.

¹⁶⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Op. Cit., p. 775 -776.

¹⁶⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Op. Cit., p. 784.

- ii) El investigado no está obligado a probar o acreditar su inocencia, por lo que la carga de la prueba de la infracción recae en la administración.
 - iii) El imputado debe ser considerado y tratado como inocente a lo largo de todo el procedimiento administrativo sancionador; es decir, desde que se califica la infracción hasta que se emite decisión final.
 - iv) El investigado tendrá que ser absuelto si las pruebas no son suficientes para vencer la presunción de inocencia o si existe duda razonable sobre su culpabilidad.
- *Non bis in idem*: No se puede aplicar sucesiva o simultáneamente sanciones por el mismo hecho, cuando se presenta la triple identidad: sujeto, hecho y fundamento. En virtud de este principio, por un mismo hecho el administrado “no podrá ser sancionado dos veces (dimensión material), ni podrá ser objeto de dos procesos distintos (dimensión procesal), operando como un límite a la acción persecutoria y sancionadora propia del Estado de modo que tenga una sola oportunidad para ejercer su ius puniendi”¹⁶⁹.

33. Faltas disciplinarias

33.1 Faltas leves

Están previstas en el Art. 46º de la Ley de la Carrera Judicial –Ley 29277:

1. “Incurrir en tardanza injustificada al despacho judicial hasta por dos (2) veces”.

¹⁶⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Op. Cit., p. 786.

La tardanza injustificada no sólo demuestra por sí misma que el juez no está desempeñando cabalmente sus funciones, sino que ocasiona otras afectaciones, pues se reduce la posibilidad que el litigante o abogado accedan a entrevistarse con él o se puede frustrar alguna diligencia judicial. Y es que al margen de la eventualidad de que el litigante o el abogado accedan al juez con motivo de las diligencias ordinarias (audiencias, vistas de la causa), tienen derecho a entrevistarse con él para alcanzarle su preocupación si hubiera demora en el proceso. También, si la audiencia fue programada para tempranas horas de la mañana y el juez llega tarde a su despacho, es obvio que esta diligencia tendrá que esperar a su llegada, pues según el caso puede ser declarada nula la diligencia si no es atendida personalmente por el magistrado.

2. “Proveer escritos o resoluciones fuera de los plazos legales injustificadamente”.

Los plazos están expresamente señalados en los distintos dispositivos legales, pero al final lo que se tiene en cuenta es el plazo razonable considerando caso por caso, pues por ejemplo no es lo mismo demorar una sentencia de desalojo de un demandante contra un demandado, respecto de un solo inmueble, que la demora en sentenciar un proceso penal con diversos procesados, por diversos delitos y donde están en juego la aplicación de distintas normas en el tiempo. Al margen de la complejidad del proceso, para evaluar caso por caso la razonabilidad del plazo, también es importante evaluar la conducta del litigante, quien según su posición en el proceso puede estar presentando intencionalmente múltiples pedidos sin sentido, sólo con la intención de causar dilación, en cuyo caso la cantidad de escritos justificará una eventual demora en su proveído.

El retardo en el proveído de escritos o la emisión de resoluciones puede ser muy perjudicial; puede estar de por medio algún pedido de libertad personal en el área penal o una solicitud de medida cautelar

en el área civil, para asegurar una acreencia a favor del demandante. En el primer supuesto puede estarse demorando la liberación de un inocente, mientras que en el segundo puede aprovechar el obligado para deshacerse de su patrimonio, para no cumplir con la prestación demandada.

3. “Emitir los informes administrativos solicitados fuera de los plazos fijados injustificadamente”.

Al margen de su actividad jurisdiccional (proveer escritos, emitir resoluciones y/o dictar sentencias, etc.), el juez es constantemente requerido para remitir informes administrativos a los órganos de gobierno de la institución, sobre todo relativos a estadísticas de carga y producción, que permiten adoptar medidas de gestión; lo cual requiere que esos informes sean remitidos oportunamente, en los plazos fijados.

4. “No ejercitar control permanente sobre los auxiliares y subalternos o no imponerles las sanciones pertinentes cuando el caso lo justifique”.

En la práctica, los jueces no sancionan de manera directa a los auxiliares a su disposición, pues la investigación y la potestad sancionadora han sido reservados para el órgano de control (OCMA u ODECMA), de modo que se limitan a remitir copias de las partes pertinentes del expediente judicial al órgano de control, para que éste adopte las medidas respectivas, cuando identifican alguna mala praxis en el quehacer de los auxiliares jurisdiccionales (secretarios, especialistas, técnicos judiciales, etc.). Sin perjuicio de ello, el juez tiene que supervisar que sus colaboradores cumplan cabalmente sus deberes.

5. “Abusar de las facultades que la ley otorga respecto a sus subalternos o sobre las personas que intervienen en cualquier forma en un proceso”.

Si bien el juez debe ejercer control y/o supervisar la labor de los auxiliares judiciales, debe quedar claro que le está permitido obligarlos a cumplir las funciones que les atañen de acuerdo a su condición laboral; luego, no puede abusar de esta facultad para aprovecharse y exigir que le hagan su propio trabajo o que algún servidor haga funciones que no le corresponden según el reglamento o acordes con su remuneración.

6. “Incurrir injustificadamente en retraso, omisión o descuido en la tramitación de procesos”.

En principio, no hay justificación para la demora en el trámite del proceso pues es una situación irregular que eventualmente puede causar perjuicio. Sin embargo, hay situaciones excepcionales que pueden justificar dicha demora, pues no habrá responsabilidad funcional si la demora obedece por ejemplo a periodos de paralización de los trabajadores del Poder Judicial.

Este supuesto normativo regula tres situaciones distintas que generan responsabilidad disciplinaria: el retraso o demora; la omisión que es simplemente dejar de hacer o no hacer nada; y el descuido, que viene a ser la negligencia en la tramitación de los procesos. Hay que considerar que este supuesto se refiere a la simple demora como supuesto de punición, lo que es distinto de la demora que causa grave perjuicio en el desarrollo del proceso, lo cual ya es una falta grave que analizaremos más adelante.

7. “Faltar el respeto debido al público, compañeros y subalternos, funcionarios judiciales, representantes de órganos auxiliares de la justicia, miembros del Ministerio Público, de la defensa de oficio y abogados, en el desempeño del cargo”.

Es importante que el juez demuestre en todo momento ser una persona idónea, intelectual y conductualmente hablando, frente a la sociedad y dentro de la institución.

8. “Desacatar las disposiciones administrativas internas del órgano de gobierno judicial, siempre que no implique una falta de mayor gravedad”.

Los órganos de gestión del poder judicial (Presidencia de Corte, Consejo Ejecutivo, etc.), no sólo requieren los informes a los que aludimos al analizar líneas arriba el inciso tercero, sino que disponen que los diversos órganos jurisdiccionales ejecuten inventarios o redistribución de expedientes que un juez no puede negarse a ejecutar, pues en ese caso estará incurriendo en desacatado pasible de sanción disciplinaria.

9. “No llevar los cursos impartidos por la Academia de la Magistratura dentro del programa de capacitación regular”.

La capacitación permanente del juez no solo es un derecho de este, sino una obligación en la medida que garantiza su idoneidad durante su desempeño del cargo. No obstante, en la práctica no se le requiere o exige al juez que asista a determinada charla, taller, curso o conferencia, pero sí está obligado a llevar los denominados Cursos de Capacitación para el Ascenso en la eventualidad que desee postular a un grado inmediatamente superior.

10. “Incurrir en negligencia en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo, establecidos en esta ley, cuando no constituyan falta grave o muy grave”.

Este es un supuesto genérico, cuya conveniencia está en no dejar impune cualquier otra omisión no prevista específicamente en los otros incisos; de lo cual ya habíamos advertido al abordar la tipicidad

como principio de la potestad sancionadora administrativa, pues es válido utilizar conceptos jurídicos indeterminados en la definición de la conducta sancionable, con la condición de que sea posible materializar esos conceptos; en el caso del presente inciso, remitiéndonos al catálogo de deberes que por ley debe cumplir el juez.

11. “Ausentarse injustificadamente de sus labores por un día”.

En este supuesto, ya no estamos frente a un juez que llega tarde a su oficina, sino que se ausenta todo el día. Como podrá verse, en este y otros supuestos se prevé la conducta sancionable siempre que no haya justificación; en sentido contrario, no habrá irregularidad si la demora o ausencia se debieron a causa justificada, como lo sería obviamente una afectación en la salud del juez.

33.2 Faltas graves

Son las catalogadas en el Art. 47º de la Ley de la Carrera judicial:

1. “Abandonar total o parcialmente las tareas propias del desempeño del cargo judicial”.

A diferencia de las faltas leves relativas a la tardanza del juez o su ausencia injustificada durante un día, aquí el supuesto de punición está relacionado con el incumplimiento de las tareas propias del cargo, como puede ser la atención al público o intervenir personalmente en las audiencias.

2. “Causar grave perjuicio al desarrollo de las incidencias y diligencias del proceso, frustrando o retrasando injustificadamente la realización de los actos procesales”.

Las diligencias judiciales, una vez programadas, deben ser realizadas por el juez, de manera personal e indelegable, en el día y hora señalados; por eso, si se frustran o retrasan injustificadamente dichas diligencias, el juez incurre en falta grave.

El transcurso del tiempo puede ser perjudicial cuando no se llegan a realizar las diligencias necesarias en los plazos establecidos; sobre todo, el perjuicio es más notorio en los procesos penales, pues aquí cabe la figura de la prescripción de la acción penal, en cuyos casos queda impune la comisión de un delito, con la consecuente desprotección de la víctima y el descrédito del sistema de impartición de justicia.

3. “Ejercer injustificadamente labores relacionadas con su función fuera del despacho judicial”.

Es dentro del despacho (es decir, dentro de la instalación física que le asigna oficialmente el Poder Judicial) que el juez debe realizar sus funciones: firmar resoluciones, entrevistarse con el público y desarrollar las audiencias. La excepción y por ello justificado que la diligencia se realice fuera del despacho judicial, es –por ejemplo – cuando tiene que recibirse la declaración de un procesado que está internado en un hospital.

4. “Admitir o formular recomendaciones en procesos judiciales”.

Como ya lo habíamos señalado antes, autonomía, independencia e imparcialidad judiciales son categorías indisolublemente ligadas a la impartición de justicia; en el caso de la independencia, el juez está sometido sólo a la Constitución y las leyes, sin interferencia política, económica, presión social o mediática (independencia externa), ni injerencia de otros jueces o autoridad dentro del Poder Judicial (independencia interna). Por eso, al admitir o formular

recomendaciones en procesos judiciales, está violentando el precitado principio de la independencia judicial, por lo que esto es considerado falta grave.

5. “No guardar la discreción debida en aquellos asuntos que, por su naturaleza o en virtud de leyes o reglamentos, requieran reserva”.

En su quehacer jurisdiccional el juez conoce asuntos relativos a la vida íntima de las personas, como cuando tramita procesos de divorcio, por lo que no puede servirse de dicha información para divulgarlos irregularmente. Otro ejemplo lo es el proceso penal, pues el juez tiene que guardar reserva de la información que conoce, a fin de garantizar la eficacia de la investigación.

6. “Comentar a través de cualquier medio de comunicación aspectos procesales o de fondo de un proceso en curso”.

Está relacionado con el inciso anterior, pues el juez no sólo debe guardar reserva de los asuntos que conoce, sino que le está prohibido comentar procesos en trámite a través de los medios de comunicación. Con esto no sólo se persigue la privacidad de las personas involucradas en los procesos, sino que el juez evite dar opiniones que puedan interpretarse como adelanto de opinión sobre el asunto que luego va a sentenciar.

7. “Incurrir en conducta y trato manifiestamente discriminatorios en el ejercicio del cargo”.

En el ejercicio de su función el juez trata con diversas personas, de diferente estrato social o cultural, siendo su obligación tratar a todos sin discriminación de ninguna clase. Pero sobre la base del principio que se trata igual a los iguales, tampoco está vedado el trato preferente que la misma norma otorga, por ejemplo, a las personas de

la tercera edad, pero no una “preferencia” sobre el sentido de la decisión, sino sobre el especial cuidado que debe tenerse en sus casos sobre el cumplimiento de los plazos procesales.

8. “Desacatar las disposiciones contenidas en reglamentos, acuerdos y resoluciones que dicte la Corte Suprema de Justicia en materia jurisdiccional”.

En materia jurisdiccional la Corte Suprema ha dictado disposiciones relativas a la atención al público, trámite de exhortos, entre otros, las mismas que no puede dejar de cumplir el juez.

9. “Ocultar a las partes documentos o información de naturaleza pública”.

Cualquier información de naturaleza pública a la que tenga acceso al juez con motivo del trámite de un proceso, debe ser comunicada a las partes, pues con ello se garantiza que puedan ejercer su derecho de defensa, por lo que está vedado el secretismo sobre dicha información.

10. “Asistir a sus labores en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes o sustancias psicotrópicas”.

La sociedad tiene derecho a que sólo un juez probo e idóneo se mantenga en el ejercicio del cargo; lo cual está descartado si este asiste a su despacho después de consumir alcohol o cualquier sustancia psicotrópica.

11. “Delegar a los auxiliares jurisdiccionales la realización de diligencias que, por ley o por la naturaleza de las circunstancias, requieren de su presencia”.

Esta falta está relacionada con el principio procesal de inmediación procesal, en virtud del cual el juez tiene contacto directo en audiencia con las partes procesales.

12. “No llevar injustificadamente los cursos que la Academia de la Magistratura imparte y que le hayan sido asignados como resultado de la evaluación parcial del desempeño del juez”.

13. “La tercera falta leve que se cometa durante los dos (2) años posteriores a la comisión de la primera”.

Si bien las faltas leves merecen razonablemente menor sanción, la reiteración en la comisión de falta leve puede ser considerada falta grave y por ende el juez merecerá en ese caso mayor sanción.

14. “Incumplir el deber de dedicarse exclusivamente a la labor jurisdiccional o dedicar más de las horas previstas a otras funciones permitidas por disposición constitucional, legal o autorizadas por el órgano de gobierno competente”.

De acuerdo con la Constitución (Art. 146º) la única labor que en adición a sus funciones puede realizar el juez es la docencia, pero fuera de su horario de trabajo y sólo dentro del límite permitido, pues de lo que se trata es que se dedique esencialmente a la impartición de justicia.

15. “Abusar de la condición de juez para obtener un trato favorable o injustificado”.

La función de juez coloca a quien la ejerce en una posición importante dentro de la sociedad, pero esto no puede ser aprovechado para obtener un trato preferente sólo en virtud de dicha condición.

16. “Utilizar en resoluciones judiciales expresiones improcedentes o manifiestamente ofensivas”¹⁷⁰.

17. “Acumular indebida o inmotivadamente causas judiciales”.

Los procesos requieren en principio el pronunciamiento final que les corresponde, uno por uno; no obstante, también está permitido que estos procesos sean acumulados para evitar decisiones contradictorias, pero siempre que existan razones para ello y que estas sean explicitadas en resolución debidamente motivada.

18. “Adoptar medidas disímiles, sin la debida motivación, respecto de partes procesales que se encuentran en la misma situación o condición jurídica”.

Esta disposición está ligada al concepto de predictibilidad de las decisiones judiciales, pues es por lo menos irregular que un juez decida en un sentido diferente, después que resolvió de otra manera en un caso similar. Si bien no hay dos casos o partes en idéntica situación, existe manera de identificar que un caso es similar a otro (mismo fundamento jurídico, mismo régimen laboral, misma relación obligacional) y en esa medida se espera que el nuevo proceso sea resuelto de igual forma que el anterior.

19. “Inobservar los deberes establecidos en el numeral 6 del artículo 34”.

Se refiere a los deberes de observar los plazos legales (evitar demora, dilación, retardo) y vigilar el cumplimiento de la celeridad procesal.

¹⁷⁰ Texto según sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. 00006-2009-PI/TC, que declaró en este extremo la inconstitucionalidad de dicho numeral.

33.3 Faltas muy graves

Son aquellas que prevé la Ley de la Carrera Judicial en su Art. 48°:

1. “Desempeñar simultáneamente a la función jurisdiccional empleos o cargos públicos remunerados o prestar cualquier clase de servicios profesionales remunerados, salvo lo previsto en la Constitución para la docencia universitaria”.

En su Art. 146° la Constitución señala claramente que “La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo”. El problema con este inciso, es que parece regular lo mismo que el Art. 47° inciso 14° referido a no dedicarse exclusivamente a la función jurisdiccional. Sin embargo, aquí se resalta que, salvo la docencia, ninguna otra labor remunerada puede desempeñar el juez de manera simultánea a su horario de trabajo.

2. “Ejercer la defensa o asesoría legal, pública o privada, salvo en los casos exceptuados por ley”.

Esto está ligado con la prohibición de los jueces de defender o asesorar de manera pública o privada, salvo en causa propia, a favor de su cónyuge o conviviente y cuando lo hace en beneficio de sus padres e hijos.

3. “Actuar en un proceso o procedimiento a sabiendas de estar legalmente impedido de hacerlo”.

Este supuesto está relacionado con la imparcialidad que debe reflejar el juez, no sólo al momento de resolver, sino a lo largo de todo el proceso judicial.

Si el juez está impedido para conocer determinado proceso (por ser uno de sus parientes parte procesal), si la otra parte no formula recusación, igual el juez debe apartarse del conocimiento de dicho proceso.

4. “Interferir en el ejercicio de funciones de los otros órganos del Estado, sus agentes o representantes, o permitir la interferencia de cualquier organismo, institución o persona que atente contra el órgano judicial o la función jurisdiccional”.

En este supuesto, se prevé como conducta sancionable, tanto el hecho de que el juez interfiera en otros poderes del Estado, como a su vez que permita que interfieran en el órgano jurisdiccional.

5. “Ocultar alguna prohibición que le sea imputable para el ejercicio de la función o abstenerse de informar una causal sobrevenida”.

Desde que postula al cargo o mientras que ejerza la función, el candidato a juez o el juez en ejercicio debe comunicar alguna prohibición que le impida desempeñarse, pues por ejemplo no pueden haber parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, entre los jueces de la Corte Suprema o entre jueces superiores del mismo distrito judicial.

6. “No justificar documentalmente, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, los signos exteriores de riqueza que evidencien, previo requerimiento del órgano de control. Los signos exteriores de riqueza se aprecian con relación a la declaración jurada de bienes y rentas efectuada anualmente”.

La Ley 30161 obliga a los funcionarios y servidores públicos del Estado a presentar periódica y anualmente su declaración jurada de bienes y rentas; en el caso de los jueces, estas se presentan ante la Oficina de Control de la Magistratura. Si el órgano de control detecta

signos exteriores de riqueza puede requerir al juez la justificación documentada del incremento patrimonial, de modo que si no se presenta dicha documentación, el juez incurre automáticamente en la falta muy grave prevista en este inciso.

7. “Interferir en el criterio de los jueces de grado inferior por razón de competencia en la interpretación o aplicación de la ley, salvo cuando se halle en conocimiento de la causa a través de los recursos legalmente establecidos”.

Tiene que ver con la independencia interna del juez (dentro de la misma institución), pues este no puede aprovecharse del cargo para interferir sobre sus colegas de menor jerarquía en la forma cómo se decidirá determinado caso. Esto no quita como bien señala la norma, que dentro de un proceso regular y mediando el recurso impugnatorio respectivo, que un juez superior ordene al de primera instancia que aplique la ley en determinado sentido.

8. “Cometer actos de acoso sexual debidamente comprobados”.

Al margen del delito que se comete cuando se incurre en acoso sexual, si el juez incurre en ese acto será pasible de la sanción administrativa disciplinaria.

9. “Establecer relaciones extraprocesales con las partes o terceros, que afecten su imparcialidad e independencia, o la de otros, en el desempeño de la función jurisdiccional”.

Como deja ver el texto del inciso, está relacionado con los principios de imparcialidad e independencia, pues es una garantía que el juez tramite y resuelva los procesos sin que nada lo vincule de manera personal a las partes involucradas, o que haya alguna interferencia externa o interna dentro de la institución. Cuando se refiere a

terceros, incluye por ejemplo a los testigos y peritos, cuya declaración u opinión puede influir en el resultado de la decisión.

10. “La tercera falta grave que se cometa durante los dos (2) años posteriores a la comisión de la primera”.
11. “La afiliación a partidos, grupos políticos, grupos de presión; o el desarrollo de actos propios de estos grupos o en interés de aquellos en el ejercicio de la función jurisdiccional”.

En la misma línea de la independencia e imparcialidad, se persigue que el juez sea ajeno o activista de algún partido político, para evitar que su afiliación pueda influir en sus decisiones; por eso, anualmente los jueces a nivel nacional han remitido información al Consejo Nacional de la Magistratura, reportando si durante el año se han afiliado a algún partido político.

12. “Incurrir en acto u omisión que sin ser delito, vulnere gravemente los deberes del cargo previstos en la ley”.

Este es un formulismo general que persigue no queden impunes disciplinariamente, cualquier otra infracción no prevista en la Ley de la Carrera Judicial, cuando se afecta de manera grave los deberes del cargo.

13. “No motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales”.

El 22 de Octubre del 2014 se expidió la R.A. 360-2014-CE-PJ, precisándose que ésta falta sería susceptible de control disciplinario en los supuestos de motivación total (motivación inexistente o aparente) o parcial. El 22 de Agosto del 2017 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (Exp. 18107-2016 LIMA) confirmó en última instancia la sentencia que

declaró Fundada la demanda de Acción Popular, declarándose la invalidez de la R.A. 360-2014-CE-PJ, pues rebasó el supuesto infractor previsto en la Ley.

14. “Incumplir, injustificada o inmotivadamente, los plazos legalmente establecidos para dictar resolución”.

Este es un formulismo similar al previsto en el Art. 46º inciso 2º donde se prevé como falta leve que se provean escritos o resoluciones fuera de los plazos legalmente establecidos. Sin embargo, la diferenciación se debe hacer caso por caso, según el grado de afectación al proceso y el perjuicio que la demora ha causado a las partes.

15. “Omitir, retardar o negar la atención a las solicitudes y requerimientos de la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial; o agredir física o verbalmente a sus integrantes, obstaculizando el ejercicio de sus competencias”.
16. “Abusar de la condición de juez para obtener un trato favorable o injustificado”.
17. “Dar información falsa en la solicitud de permisos, en la información proporcionada en su declaración de hoja de vida, de bienes y rentas, y de intereses”.

Estos últimos tres incisos fueron incorporados por Ley 30943 (por la que se creó la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial). Preocupa que el inciso 16º del Art. 48º sea idéntico al inciso 15º del Art. 47º, por lo que si un juez abusa de su condición para beneficiarse de un trato favorable, calificará tanto como falta grave, como muy grave.

34. Sanciones

Como está visto, existen múltiples supuestos que la ley prevé como faltas reprochables al juez, no sólo en el ejercicio específico de sus funciones (incurrir en tardanza, ordenar que los auxiliares realicen actos indelegables que debe realizar de manera personal, etc.), sino por cualquier otra conducta que lo desmerezca en el cargo o ponga en duda su imparcialidad (cometer actos de acoso sexual, afiliarse a partidos políticos, etc.); lo que lo hará merecedor de las sanciones respectivas: amonestación, multa, suspensión o destitución.

“Cometida entonces una falta disciplinaria por un destinatario de la ley disciplinaria, surge para la administración la facultad de reprimirla infligiendo a su autor una sanción, que se deriva de la estructura misma de la proposición normativa del derecho disciplinario, como garantía de eficacia”¹⁷¹.

La Ley 29277 –Ley de la Carrera Judicial regula en su Art. 50° las sanciones que pueden ser la de amonestación, multa, suspensión y destitución. Se prevé, en principio, que una falta leve amerita una amonestación en su primera comisión y multa en la segunda; la multa o suspensión está reservada para las faltas graves, mientras que las faltas muy graves se sancionan con suspensión o destitución.

La amonestación importa una llamada de atención; la multa es un pago de hasta el 10 % de la remuneración total mensual del juez; la suspensión es la separación temporal (de 15 días a 6 meses) y la destitución la separación definitiva con cancelación del título. En todos los casos, las sanciones se registran o inscriben en el legajo del juez y en el caso de la destitución el sancionado no puede reingresar a la carrera judicial.

¹⁷¹ ISAZA SERRANO, Carlos Mario, Op. Cit., p. 212.

35. Falta de motivación como falta muy grave del juez

35.1 Sobre el deber de motivación

Hay que distinguir entre la decisión correcta arreglada a derecho y la motivación, pues “sin justificación o con una justificación deficiente, es posible, no sólo decidir un caso litigioso, sino incluso decidirlo correctamente”¹⁷²; lo que explica cómo no pocas veces el órgano jurisdiccional superior confirma las decisiones, superando los defectos de motivación del juez de primera instancia.

Por eso, al margen de la corrección de la decisión, lo que se necesita es que el juez deba explicar y desarrollar los argumentos que demuestren que la decisión es correcta o conforme al derecho respectivo. “Si las decisiones no fueras motivadas o las motivaciones de las decisiones no fueran publicadas, sería muy difícil para un ciudadano normal conocer lo más mínimo de los hechos que han originado el litigio. Y no sólo los hechos: tampoco sería posible conocer qué enunciado jurídico ha sido (presuntamente, al menos) aplicado por una decisión. Y sin conocer los hechos ni el derecho (presuntamente) aplicado es imposible saber si una decisión es materialmente correcta”¹⁷³.

Está claro que el debido proceso es una de las garantías constitucionales que incluye el deber del juez de motivar las resoluciones que emite o, en otras palabras, el derecho de las partes a obtener una decisión motivada, razón por la cual la función contralora tiene especial atención sobre dicha motivación dentro de las actividades del juez; de hecho, “hay tres instrumentos de control de la actividad judicial: sometimiento de los jueces a

¹⁷² HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005, p. 148.

¹⁷³ HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, Op. Cit. p. 147 -148.

las normas, deber de motivar y, por último, existencia de mecanismos procesales para la revisión de las sentencias”¹⁷⁴.

El deber de motivación o justificación de las resoluciones judiciales permite a las partes conocer los argumentos o fundamentos que sustentan la decisión del Juez; lo que le permitirá a la parte que eventualmente desea impugnar la decisión, identificar las razones que luego tendría que rebatir, para que dicha decisión sea revocada; “la presencia de la motivación es lo que diferencia una actuación discrecional de otra arbitraria”¹⁷⁵.

La motivación de las resoluciones es entonces un deber del juez, pero al mismo tiempo es un derecho reconocido constitucionalmente. De acuerdo con el Art. 139.5 de la Constitución Política, es un principio y derecho de la función jurisdiccional: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Sobre el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha señalado: “La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa” (Exp. 8125-2005-PHC/TC 14-11-2005 fundamento 10).

En sus sentencias 3943-2006-PA/TC (11-12-2006) y 03433-2013-PA/TC (18-03-2014) ha precisado que no todo ni cualquier error o defecto en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente

¹⁷⁴ SEGURA ORTEGA, Manuel, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 100.

¹⁷⁵ SEGURA ORTEGA, Manuel, Op. Cit., p. 75.

una violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, sino que queda supeditado, entre otros, a los siguientes supuestos:

- a) “Inexistencia de motivación o motivación aparente”; esto es, por cuanto obviamente la ausencia de motivación afecta el derecho a la motivación, al igual que cuando esta es aparente, pues no deja ver las razones mínimas de la decisión, no responde a las alegaciones de las partes involucradas o sólo intenta cumplir formalmente el mandato, utilizándose frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
- b) “Falta de motivación interna del razonamiento”, que se materializa de dos formas; primero, cuando hay invalidez de una inferencia a partir de las premisas preestablecidas y, segundo, cuando existe incoherencia narrativa, trasluciendo un discurso confuso que difícilmente transmite las razones de la decisión del juez.
- c) “Deficiencias en la motivación externa, justificación de las premisas”; cuando a pesar de la pulcritud formal del razonamiento, las premisas de las que se sirve el juez para inferir, no han sido confrontadas con las pruebas para verificar su validez fáctica, o con el ordenamiento jurídico para verificar su validez jurídica.
- d) “Motivación insuficiente”; pues al margen de cuánto deba argumentar el juez, existe un mínimo de motivación exigible atendiendo al contexto fáctico o jurídico del caso específico, sin que esto signifique dar respuesta a cada uno de las afirmaciones formuladas por las partes, ya que la insuficiencia se juzgará relevante siempre que sea manifiesta de cara a lo que en estricto se está resolviendo, y
- e) “Motivación sustancialmente incongruente”, pues el juez está obligado a resolver las pretensiones de manera congruente con los términos en los que han sido planteados, estando por ende proscrito dejar incontestadas las pretensiones del petitorio o desviar la decisión del

debate judicial afectando el derecho de defensa. Existen sin duda excepciones, como en el proceso de Divorcio por causal de separación de hecho, donde la Corte Suprema ha establecido (Tercer Pleno Casatorio 4464-2010 –PUNO) que el juez puede de oficio fijar una indemnización a favor del cónyuge perjudicado, siempre que se haya concedido el derecho de defensa respecto a esta posibilidad.

35.2 Sobre la falta de motivación como presupuesto de control disciplinario

“La justificación de las decisiones tiene dos dimensiones que pueden diferenciarse claramente. Por un lado, la justificación se proyecta sobre las reglas procedimentales en el sentido de mostrar que todos los pasos que se han dado en el proceso han respetado las reglas procesales de modo que todos los actos del juez o del tribunal tienen una fundamentación normativa suficiente. Por otro lado, la justificación también se proyecta sobre el contenido de la decisión; en este aspecto se trata de mostrar que la decisión refleja la aplicación de las reglas del sistema jurídico desde una perspectiva material”¹⁷⁶. Sobre el contenido de la decisión es lo que se refiere el Art. 48º inciso 13º de la Ley de la Carrera Judicial, cuando prevé como falta muy grave del Juez: “No motivar las las resoluciones judiciales”.

Cuando el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial expidió en Octubre del 2014 la Resolución Administrativa 360-2014-CE-PJ, estableció que la falta muy grave prevista en el numeral 13º del Art. 48º de la Ley de la Carrera Judicial “sólo será controlada disciplinariamente cuando se trate de supuestos de no motivación total o parcial. La no motivación total está referida a los supuestos de motivación inexistente o aparente del análisis del caso concreto. En tanto que, la no motivación parcial está referida a la omisión de

¹⁷⁶ SEGURA ORTEGA, Manuel, Op. Cit., p. 77.

alguno de los presupuestos establecidos en la Constitución o en la ley que resultan de obligatorio análisis en el caso concreto”.

En virtud de una demanda de Acción Popular dirigida contra dicha resolución administrativa, el 22 de Agosto del 2017 (Exp. 18107-2016 LIMA), la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema confirmó la sentencia que declaró Fundada la demanda y en consecuencia inválido dicho dispositivo. Para dicha Sala, la Resolución Administrativa 360-2014-CE-PJ rebasó el supuesto infractor previsto en la Ley de la Carrera Judicial, pues a pesar que aquí se tipifica como falta muy grave “No motivar las resoluciones judiciales”, aquella no sólo equipara dicha falta a la motivación inexistente, sino también a las que denomina “motivación aparente” y “motivación parcial”.

El problema con el tema de la motivación de las resoluciones judiciales es que no pocas veces es el fundamento de una Queja ante el órgano de control y simultáneamente es el defecto que se denuncia como error de derecho, para apelar la decisión. En estos casos, sería un contrasentido que mientras que “disciplinariamente” se sanciona al Juez por no motivar la resolución judicial, por otro lado el superior “jurisdiccionalmente” confirma la misma resolución judicial o viceversa; lo que trae a debate si el órgano de control debe estar habilitado para “juzgar” si una resolución carece o no de motivación.

Es más, esta circunstancia que la legislación actual está dando lugar, también es mal aprovechada por el litigante a quien el pronunciamiento jurisdiccional no favoreció, pues por un lado formula Queja imputando motivación insuficiente (por omisión dolosa imputable al juez), y al mismo tiempo formula apelación contra dicha decisión, resaltando aquí que ha recurrido al órgano de control, como quien le dice al órgano jurisdiccional superior que correría la misma suerte (ser quejado) si confirma la sentencia venida en grado.

En España por ejemplo, el Art. 120º inciso 3º de su Constitución señala que las sentencias “serán siempre motivadas”. En esa línea, La Ley Orgánica 19/2003 del Poder Judicial (publicada el 26 de Diciembre del 2003; que modificó la Ley Orgánica 6/1985) prevé como falta muy grave (Art. 417º inciso 15º) “La absoluta y manifiesta falta de motivación de las resoluciones judiciales que la precisen”, pero con el agregado –que supera nuestra fórmula peruana – “siempre que dicha falta haya sido apreciada en resolución judicial firme. Si la resolución inmotivada no fuese recurrible, será requisito para proceder la denuncia de quien fue parte en el procedimiento”.

Con esto, obviamente, va a corresponder al órgano jurisdiccional que conoce el proceso en segunda instancia el que, salvaguardándose la independencia judicial, identifica la falta de motivación de la recurrida y sólo así se estaría en condiciones de imputar la falta muy grave a quien omitió dicha motivación.

36. Inaplicación de la jurisprudencia y precedente constitucional vinculante

Ahora que hemos visto y transcrito en su integridad los artículos de la Ley de la Carrera Judicial referidos a las faltas leves, graves y muy graves en los que puede incurrir el juez peruano, advertiremos que literalmente no está prevista como infracción la inaplicación de la jurisprudencia y precedente constitucional vinculante.

Como habíamos advertido en el diagnóstico situacional (acápite 1.1.), en aquellos casos donde no se aplicó la jurisprudencia o precedente vinculante, para tipificar la conducta del juez a la luz de la legislación vigente, el órgano de control recurre al supuesto de Falta muy grave previsto en el Art. 48º inciso 12º de la Ley 29277 (acto u omisión que sin ser delito, vulnera gravemente los deberes del cargo previstos en la ley) o en el inciso 13º (no motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales).

37. Independencia judicial y proceso disciplinario

Como consecuencia de la independencia judicial, “cualquiera que haya sido el método de designación, no podrá ser destituido de su cargo salvo por violación de sus deberes judiciales”¹⁷⁷; claro está, siempre que medie procedimiento administrativo donde se hayan respetado todas las garantías. En el caso de la inaplicación de la jurisprudencia y precedentes vinculantes del Poder Judicial, ha quedado claro que no hay dispositivo que la prevea como falta reprochable disciplinariamente, lo que obliga al órgano de control a tipificar la conducta del juez en los incisos 12º y 13º del Art. 48º de la Ley de la Carrera Judicial.

Literalmente, la 1ª Disposición Final de la Ley 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que “Los jueces interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”.

Éste es a nuestro criterio la génesis del problema, pues mientras que el deber de los jueces de adecuarse a la interpretación del Tribunal Constitucional es una imposición prevista en la Ley 28301 (1ª Disposición Final) –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por encima de dicha disposición está la Constitución (Art. 139.2 y 146.1) que garantiza la independencia del juez en el ejercicio de la función jurisdiccional, encontrándose sometido sólo a dicha Constitución y la ley.

En cualquier caso, no negamos la importancia de la jurisprudencia y precedentes vinculantes en materia constitucional, pues sin duda abonan a favor de la predictibilidad, seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. De

¹⁷⁷ LOEWENSTEIN, Karl, Op. Cit., p. 294.

hecho, defendemos su difusión y aplicación, pero en lo que no estamos de acuerdo e identificamos como una afectación a la independencia del juez, es que su “imposición” surja de la “amenaza” de la intervención del órgano de control, en lo que consideramos es una mala copia de cómo se aplica la figura del precedente dentro del sistema del *common law*, dentro del cual no hemos identificado similar forma de imponer el *stare decisis*.

Como habíamos advertido antes, inclusive en el *common law*, si un tribunal se aparta de su propio precedente o del establecido por su superior, la “sanción” que aplica éste último es dejar sin efecto lo decidido por quien se apartó. Es más, el juez americano aplica el precedente si y sólo si considera que aplicando el precedente llega a una conclusión que considera será justa (acápito 25.5).

CAPÍTULO TERCERO

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

38. Tipo y diseño de la investigación

38.1. Tipo de investigación.

Nuestro problema principal es propio de una investigación jurídica (dogmática), mientras que el problema específico nos coloca dentro de una investigación socio jurídica (empírica) de tipo CAUSAL EXPLICATIVA. En este segundo extremo, se pretende comprobar si el control disciplinario afecta la independencia judicial subjetiva cuando soslayando el criterio del juez lo obliga a la aplicación del precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional. Asimismo cuál es la consecuencia que conlleva la aplicación del precedente vinculante por mandato legal y la prosecución de proceso disciplinario por su inobservancia.

38.2. Diseño de la investigación.

La investigación es – en un extremo – empírico jurídico social, pues se apoya en la realidad y parte de los datos (análisis documental y encuesta), con predominio del método inductivo, perfilándose en esta parte como investigación CUALITATIVA. En la medida que las variables independientes no pueden ser manipuladas por el investigador la investigación es además NO EXPERIMENTAL.

Como las decisiones de la OCMA (Oficina de Control de la Magistratura), ODECMA (Oficinas Desconcentradas de Control de la Magistratura) y del CNM (Consejo Nacional de la Magistratura) que serán materia de estudio

fueron dictadas entre el 2007 y el 2014, la investigación es HORIZONTAL o LONGITUDINAL.

39. Población y muestra de la investigación

39.1. Población

La carga procesal de expedientes en trámite y ejecución era de 2'578,945 hasta Diciembre del 2011 a nivel nacional, de donde 699,841 corresponden al Distrito Judicial de Lima, esto es, más del 27% del total. Durante la ceremonia del inicio del año judicial en el 2014, el Presidente de la Corte Superior de Lima resaltó que ésta reunía la quinta parte del personal del Poder Judicial, pero afronta más de la tercera parte de la carga procesal a nivel nacional. Por otro lado, del total de 2, 912 jueces distribuidos en todo el país, la mayor cantidad la concentra el Distrito Judicial de Lima, con 435 (15%).

39.2. Muestra.

Desde el punto de vista cualitativo, en el extremo socio jurídico, la presente investigación se circunscribe a la justicia constitucional, pues esencialmente ahí es donde el Tribunal Constitucional dicta en última instancia la decisión final. Y es también en la Corte Superior de Lima donde se ubica el 77 % de los Juzgados Constitucionales especializados en dicha materia (10 en Lima, 1 en Arequipa, 1 en Ayacucho y 1 en Cusco), pues en otros distritos judiciales, los procesos constitucionales los tramitan los juzgados civiles o mixtos. Por eso, desde el punto de vista geográfico la investigación se focaliza en la ciudad de Lima, donde se encuentra la Corte Superior del mismo nombre.

Para analizar socio jurídicamente la independencia de los jueces, es imprescindible evaluar la opinión de éstos; específicamente, la de los jueces constitucionales del Distrito Judicial de Lima, donde no sólo se concentra la mayor carga procesal, sino que por la misma razón es donde desempeñan funciones mayor número de Magistrados. Es más, por tomar como referencia el año 2014, en la Corte Superior de Justicia de Lima, sus 53, 556 procesos civiles fueron distribuidos entre sus 28 órganos jurisdiccionales, mientras que sus 26, 514 procesos constitucionales fueron distribuidos sólo entre 8 juzgados¹⁷⁸.

40. Técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos

Por un lado, la investigación se servirá del análisis documental, para estudiar diversas resoluciones de las ODECMA, OCMA o Consejo Nacional de la Magistratura, relativas a la aplicación de sanción cuando no se ha aplicado la jurisprudencia o precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, se utilizará la encuesta como técnica de recolección de datos, a través de un cuestionario personal con cada uno de los jueces de la especialidad constitucional del Distrito Judicial de Lima.

¹⁷⁸ Informe N° 172 de la Defensoría del Pueblo: “Estudio del proceso de amparo en el Distrito Judicial de Lima: fortaleciendo la justicia constitucional”, Lima, Noviembre 2015, p. 77.

CAPÍTULO CUARTO

COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS Y RESULTADOS

41. Ordenamiento y análisis de datos

41.1. Análisis documental

Las resoluciones a las que se ha tenido acceso para la investigación se puede resumir en la siguiente ficha documental, donde se agrupan caso por caso; es decir, en algunas ocasiones hay resoluciones que corresponden al mismo procedimiento disciplinario, en diferentes instancias: ODECMA, OCMA y/o Consejo Nacional de la Magistratura:

	ODECMA		OCMA		CNM	
	Resolución	Resultado	Resolución	Resultado	Resolución	Resultado
1			Inv. 37-2007 (Res. 83 07-06-07)	Propone destitución	Nº 076-2008-PCNM Nº 019-2007-CNM (19-06-2008)	Devuelto a Corte Suprema

2			Inv. 077-2007 (Res. 71 30-04-08)	Propone suspensión (para otros se propone destitución)	Nº 089-2010-PCNM P.D. 016-2009-CNM (25-02-10)	Impone destitución
3			Inv. 247-2006 Lima Norte (Res. 59 10-01-08)	Propone destitución	Nº 476-2012-PCNM P.D. 006-2008-CNM (02-08-12)	Impone destitución
					Nº 110-2011-PCNM P.D. 015-2009-CNM (14-02-2011)	Impone destitución
4			Inv. 0086-2007 San Martín (Res. 14 10-06-08)	Propone destitución		

5			Inv. 144-2007 San Martín (Res. 25 29-09-2009)	Propone destitución	Nº 589-2011-PCNM P.D. 030-2010-CNM (07-10-11)	Impone destitución
6			Queja 1054-2009 Ancash (Res. 25 23-11-09)	Propone destitución	Nº 108-2011-PCNM P.D. 036-2010-CNM (14-02-11)	Impone destitución
7			Inv. 0008-2008 Del Santa (Res. 45 13-11-09)	Propone destitución		
8	Queja 758-2011 (Res. 20 25-06-12)	Absuelve	Queja 649-2011 Lima (Res. 26 26-10-12)	Revoca e Impone amonestac.		
9	Queja 759-2011 (Res. 19 25-06-12)	Absuelve	Queja 632-2011 Lima (Res. 24 09-11-2012)	Revoca e Impone amonestac.		

10	Queja 2893-2011 Lima (Res. 30-01-14)	Confirma absuelve				
----	---	----------------------	--	--	--	--

- Investigación 37-2007

Tiene como antecedente un proceso de amparo sobre despido fraudulento.

La OCMA propuso medida de destitución por Resolución del 7 de Junio del 2007, por haberse inaplicado el precedente vinculante contenido en la sentencia 0206-2005-PA/TC del 28 de Noviembre del 2005, concluyendo que de esta manera se incumple el deber de motivación, incurriéndose en responsabilidad disciplinaria conforme al derogado Art. 201° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incisos 1° (infracción a los deberes) y 6° (conducta irregular, vicios y costumbres que menoscaban el decoro y respetabilidad del cargo).

- Investigación 077-2007-OCMA

Instaurada a raíz de medidas cautelares sobre ómnibus carrozados sobre chasis de camión (buses –camión).

Por Resolución del 30 de Abril del 2008 se impuso a los jueces involucrados medida de suspensión, por desconocer la sentencia del Tribunal Constitucional expedida el 27 de Febrero del 2006 en el Exp. 7320-2005-PA/TC.

En este caso, como lo reconoce el propio órgano de control, la sentencia del Tribunal no es una con el carácter de precedente

vinculante, pero que se adecua a la jurisprudencia constitucional a que se refiere el Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por lo que con su desconocimiento se incumple con el deber de motivación, como garantía de debido proceso, incurriéndose en responsabilidad disciplinaria conforme al derogado Art. 201° de la Ley Orgánica del Poder Judicial incisos 1° (infracción a los deberes) y 6° (conducta irregular, vicios y costumbres que menoscaban el decoro y respetabilidad del cargo).

- Investigación 247-2006 –Lima Norte

La OCMA propuso destitución por Resolución del 10 de Enero del 2008, por inaplicación de reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del precedente contenido en la sentencia del 2 de Febrero del 2006 del Exp. 4227-2005-PA/TC, relativos al rubro de tragamonedas.

- Investigación 0086-2007-San Martín

Se propuso igualmente destitución por Resolución del 10 de Junio del 2008, por inaplicación del precedente vinculante contenido en la sentencia 0206-2005-PA/TC del 28 de Noviembre del 2005.

En estos casos, como en los anteriores, se concluye que los jueces incurrieron en responsabilidad disciplinaria conforme al derogado Art. 201° de la Ley Orgánica del Poder Judicial incisos 1° (infracción a los deberes) y 6° (conducta irregular, vicios y costumbres que menoscaban el decoro y respetabilidad del cargo).

Después que diversos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial fueron derogados al entrar en vigencia la Ley de la Carrera Judicial –Ley 29277, en lugar de encuadrar la responsabilidad disciplinaria (por inaplicación de precedente vinculante) en el Art. 201° incisos 1° y 6°, la OCMA la encuadra

en el supuesto de Falta muy grave prevista en el Art. 48° inciso 12° de la Ley 29277 (acto u omisión que sin ser delito, vulnera gravemente los deberes del cargo previstos en la ley), en concordancia con lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional, como sucede en:

- Investigación 144-2007-San Martín
Por Resolución del 29 de Septiembre del 2009 se propone destitución por inaplicación del precedente contenido en la sentencia 0206-2005-PA/TC del 28 de Noviembre del 2005.

- Queja Odecma 1054-2009 –Ancash
Por Resolución del 23 de Noviembre del 2009 se propone destitución por inaplicación de los precedentes relativos a los tragamonedas.

- Investigación 0008-2008 –Del Santa.
Por inaplicación del precedente contenido en la sentencia 0206-2005-PA/TC.

La OCMA refiere en su Resolución del 13 de Noviembre del 2009, que la conducta se encuadra en la Falta muy grave prevista en el Art. 48° inciso 13° de la Ley de la Carrera Judicial (no motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales).

- Quejas 649-2011 –Lima y 632-2011 –Lima
La OCMA revocó las decisiones por las que la ODECMA absolvió al involucrado y revocándolas impuso la medida de Amonestación, por no haber tenido en cuenta el carácter vinculante de la sentencia 0002-2010-PI/TC sobre la constitucionalidad del régimen CAS (Contrato Administrativo de Servicios), encuadrando la conducta en el Art. 48° inciso 13° de la Ley de la Carrera Judicial (no motivar las resoluciones

judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales).

Como se puede apreciar, el órgano de control encuentra responsabilidad disciplinaria, cuando se inaplica la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional, como cuando se inaplican sus precedentes vinculantes (regulados respectivamente en los Art. VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Por otro lado, con la legislación vigente, para tipificar la conducta del juez, se encuadran ambos casos al supuesto de Falta muy grave previsto en el Art. 48° inciso 12° de la Ley 29277 (acto u omisión que sin ser delito, vulnera gravemente los deberes del cargo previstos en la ley) o en el inciso 13° (no motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales).

La Ley de la Carrera Judicial no prevé –literalmente –como falta leve, grave o muy grave la inaplicación, desconocimiento o apartamiento de la jurisprudencia constitucional o de los precedentes vinculantes.

Por eso, la OCMA se ha visto forzada a encuadrar esta figura dentro de los supuestos genéricos “acto u omisión que sin ser delito vulnera gravemente los deberes del cargo” y “no motivar las resoluciones o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales”, en concordancia con las normas que regulan el deber de los jueces de motivar resoluciones, respetar el debido proceso y estar vinculados a las decisiones del Tribunal Constitucional.

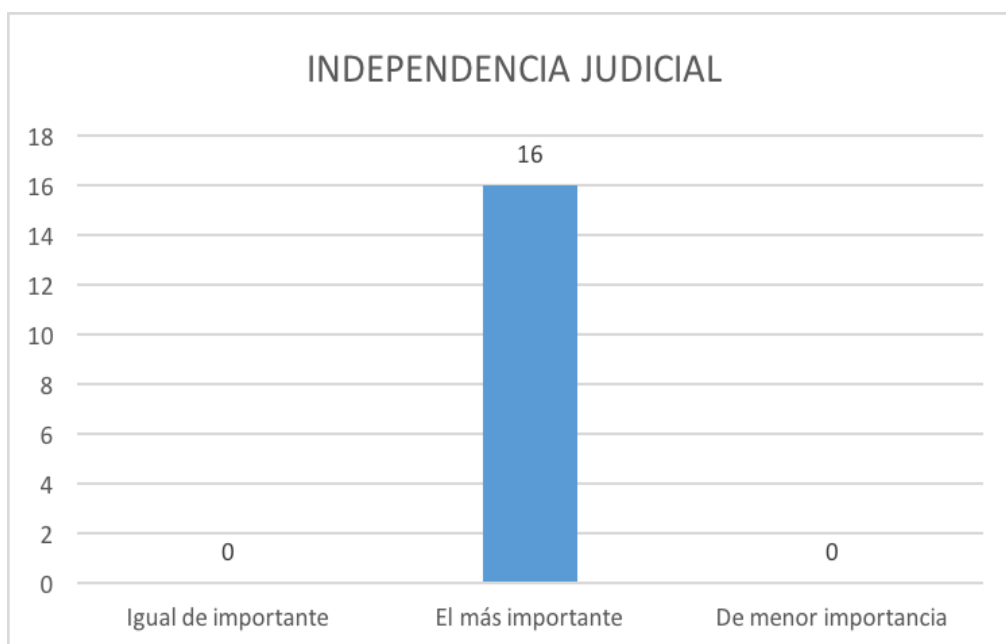
41.2. Resultado de Encuestas

- Sobre la independencia judicial

Dentro de las garantías de la impartición de justicia, entre otras, tenemos a la independencia judicial. Habíamos identificado, en cuanto a la independencia judicial, que además de ser una garantía, es uno de los derechos reconocidos al juez, al igual que a no ser trasladado sin su consentimiento, a desarrollarse en su especialidad, a su permanencia en el servicio, etcétera.

Preguntados los encuestados, sobre la importancia que tiene para ellos la independencia judicial con relación a los otros derechos, el 100 % contestó que consideraban que la independencia judicial es el más importante. La respuesta podrá ser obvia, pero es sustancial que haya quedado plasmada en el acopio de información, pues ya no será la opinión del investigador, sino la realidad la que nos permita aseverar sin ninguna duda, que la independencia judicial es para el juez en ejercicio de funciones, el derecho más importante.

Como consecuencia de esta aseveración, podemos sostener que todo aquello que afecta la independencia judicial, afecta de manera especial y grave al ejercicio de la función jurisdiccional. Es decir, existen otros derechos como la remuneración o la permanencia en el servicio, que atañen de manera más personal al magistrado, pues pone en peligro su subsistencia o su estabilidad en el cargo, pero aun así, en lugar de colocar a éstos en igualdad de importancia que la independencia, han destacado la especial y superior importancia de éste principio –derecho respecto de los demás.

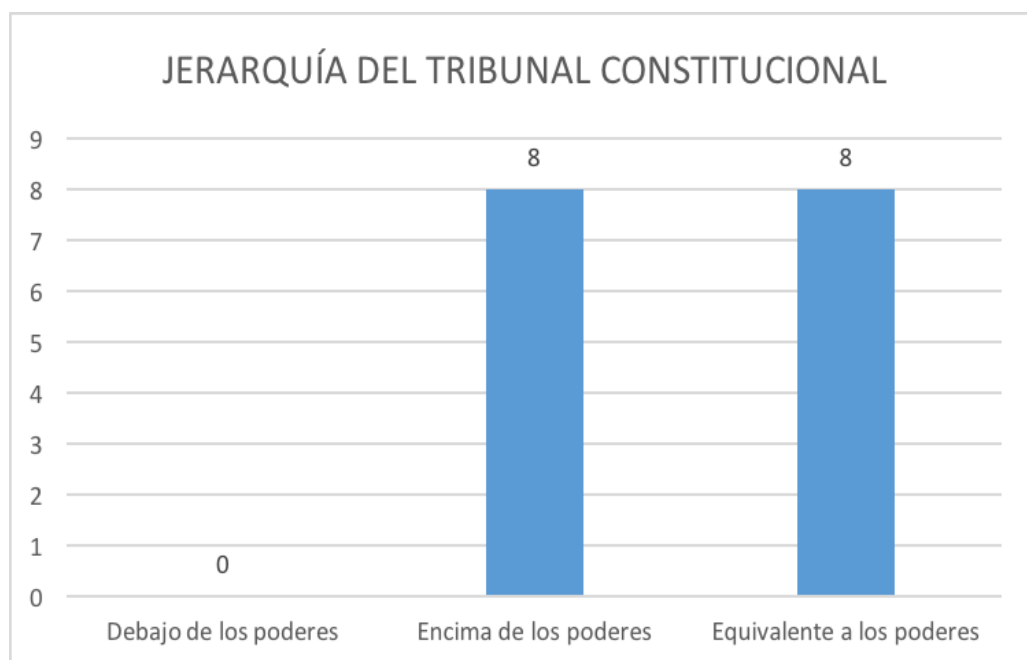


- Sobre la jerarquía del Tribunal Constitucional

Al margen de la teoría, se preguntó a los jueces constitucionales, cuál creen que en la práctica es la ubicación jerárquica del Tribunal Constitucional frente a los poderes clásicos del Estado.

Ninguno creyó que el Tribunal Constitucional estuviera “por debajo” o en inferioridad; el 50 % considera que está “por encima” y el otro 50 % que es “equivalente” a los poderes clásicos. En la memoria de los jueces está aquel “enfrentamiento” que reseñamos en el diagnóstico situacional, cuando la OCMA les recordaba a estos que debían aplicar los precedentes del Tribunal Constitucional, mientras que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial retrucaba señalando que los jueces sólo están sometidos a la ley y a la Constitución (año 2006).

Desde entonces ha pasado más de una década, en la que por un lado se ha capacitado al juez sobre los alcances del precedente constitucional, mientras que por otro el Tribunal Constitucional se ha ido legitimando dentro de la sociedad.

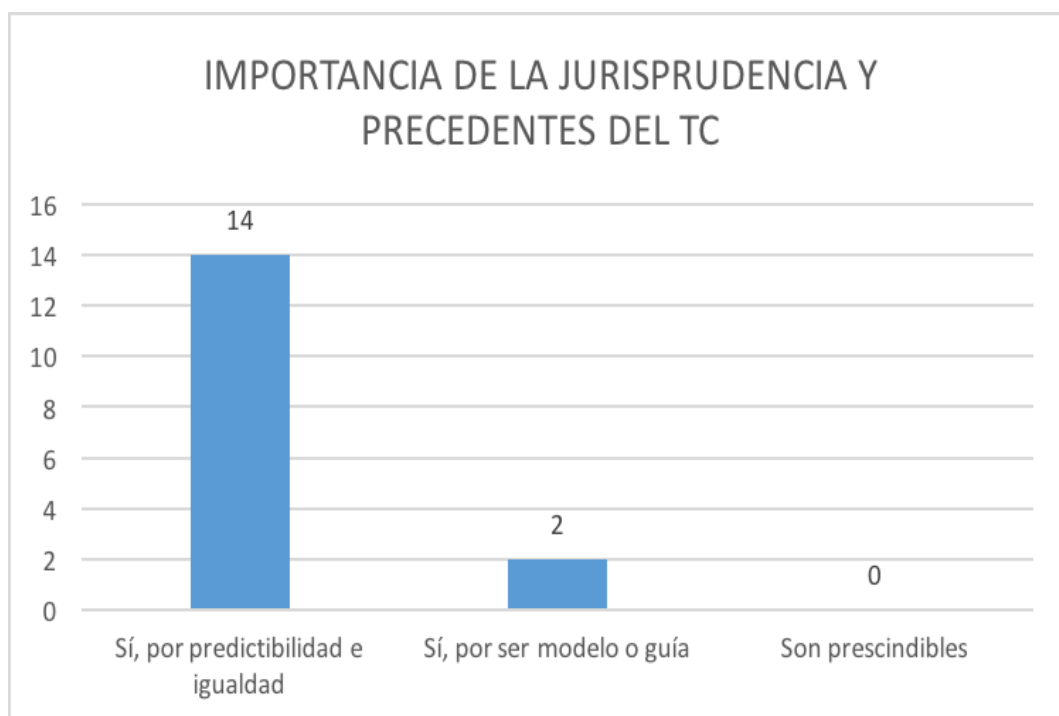


- Sobre la importancia de la jurisprudencia vinculante

Ninguno de los jueces encuestados estimó prescindibles la jurisprudencia y precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.

El 87. 5% considera que son importantes porque generan predictibilidad e igualdad ante la ley, mientras que el 12. 5 % considera que su importancia radica en que sirven de modelo o guía para el juez; por una razón u otra, se puede decir que el 100 % valora la importancia de la jurisprudencia y precedentes vinculantes.

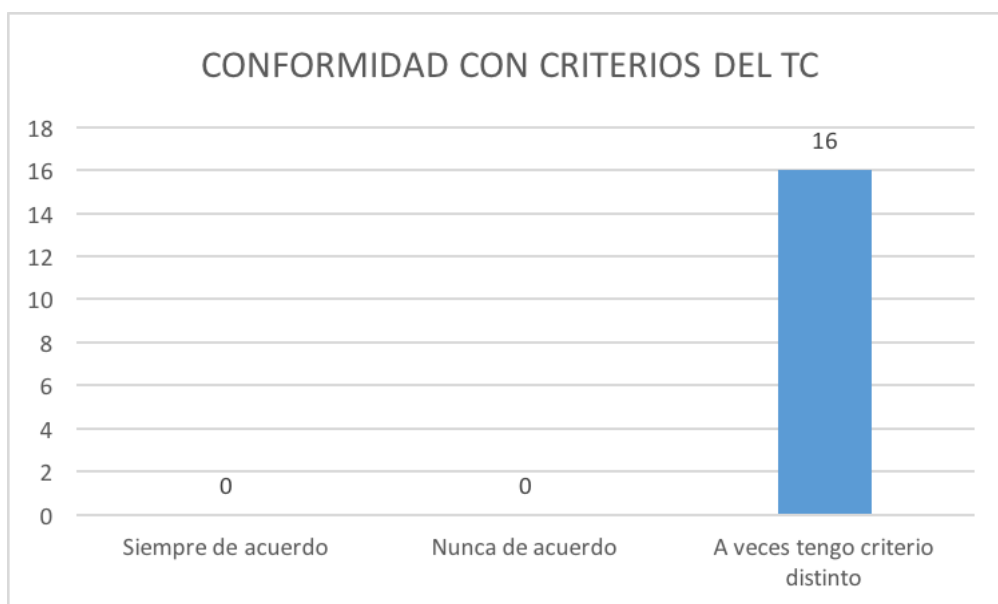
Esta respuesta está relacionada con la anterior, pues si el juez constitucional es consciente de la importancia y ubicación del Tribunal Constitucional frente a los demás órganos del Estado o poderes clásicos del Estado, consecuentemente cobra valor lo que es su producto más reconocido: la jurisprudencia vinculante.



- Sobre la conformidad con los criterios del Tribunal Constitucional

La siguiente interrogante es para nosotros sustancial para la presente investigación, pues se quiso saber cuál era la posición de los jueces constitucionales frente a los criterios del Tribunal Constitucional, siendo las opciones: a) Siempre estoy de acuerdo; b) Nunca estoy de acuerdo y c) A veces tengo un criterio distinto. El 100% marcó la opción c); es decir, que a veces tienen un criterio distinto.

Decíamos que es una pregunta importante y desde luego la respuesta, pues esto quiere decir que a pesar que el juez constitucional reconoce la jerarquía del Tribunal Constitucional y la importancia de su jurisprudencia y precedentes vinculantes, esto no significa que necesariamente comulgue siempre con su posición.



En otras palabras, que el Tribunal Constitucional sea el máximo intérprete de la Constitución no significa que el juez constitucional necesariamente esté de acuerdo siempre con lo que dicho Tribunal delinea como jurisprudencia o precedente vinculante.

Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional y del diseño del precedente constitucional peruano, se dice que éste es vinculante como la ley misma. Sin embargo, en nuestro sistema adscrito al *civil law*, hace tiempo que el juez dejó de ser “boca de la ley”, por lo que inclusive la ley puede ser interpretada en búsqueda de la solución justa e inclusive inaplicada si riñe con el texto de la Constitución. Llama entonces la atención que ahora pretenda diseñarse un modelo donde el juez deba ser “boca del precedente”, sin la posibilidad de apartarse de él, pues debe aplicarlo “bajo responsabilidad”, cual es una particularidad que no existe en el *common law* de donde es originario el *stare decisis*.

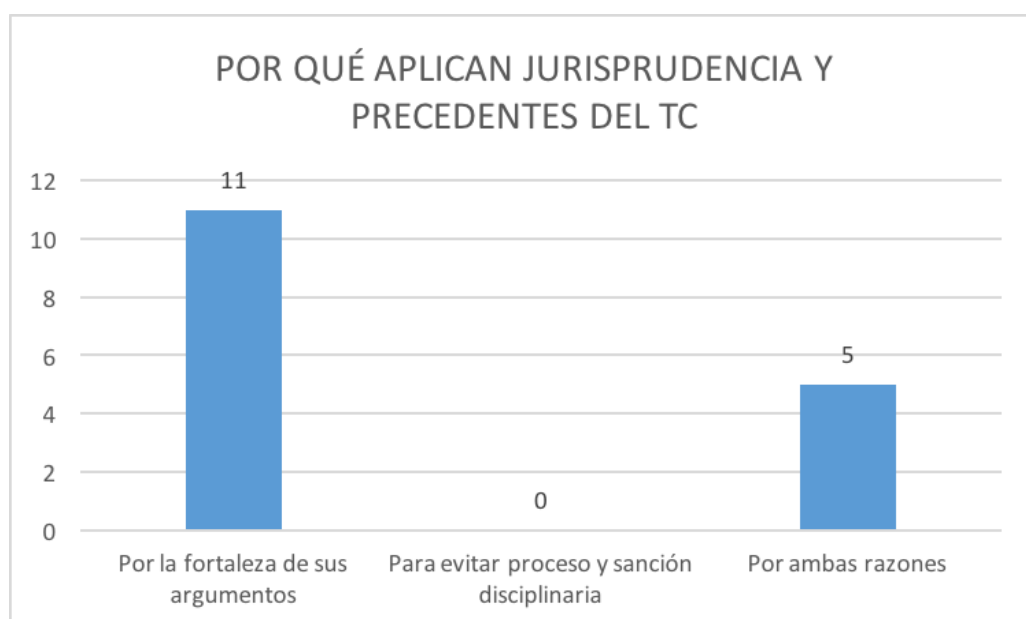
- Sobre por qué se aplica la jurisprudencia y precedentes vinculantes

Esta es otra pregunta importante para la investigación, pues se quiso saber por qué en esencia aplican los jueces la jurisprudencia y precedentes

vinculantes del Tribunal Constitucional: a) por la fortaleza de sus argumentos; b) para evitar proceso y sanción disciplinaria o, c) las razones a) y b).

Ninguno contestó que lo hacía exclusivamente por evitar el control disciplinario; el 68.75 % dijo que los aplicaba por la fortaleza de sus argumentos y el 31.25 % por la fortaleza de sus argumentos y evitar las acciones de control.

La interpretación que en su conjunto damos a estas respuestas es que el juez constitucional “a veces” tiene un criterio distinto al que expone el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia y precedentes vinculantes, pero que los aplica siempre, sea por la fortaleza de sus argumentos o para evitar el control disciplinario. Para nosotros, si el juez constitucional no siempre está de acuerdo con los argumentos del Tribunal Constitucional, a pesar de lo cual aplica siempre su jurisprudencia, pues es obligatoria “bajo responsabilidad”, entonces es posible sostener que se afecta la independencia judicial, pues se soslaya lo que a su criterio debería ser la solución justa del caso.

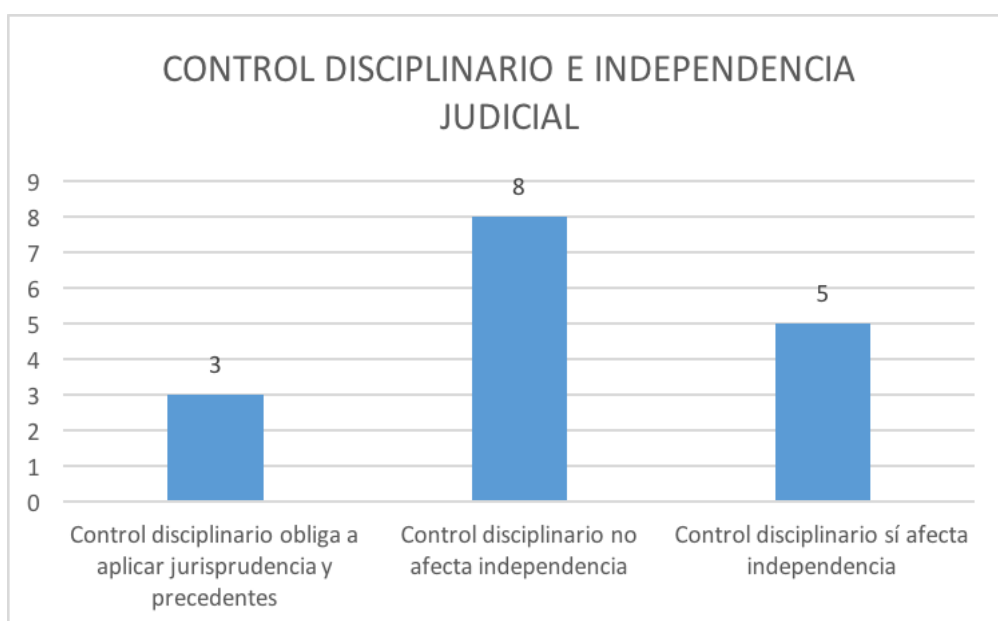


- Sobre el control disciplinario e independencia judicial

El 50 % de los encuestados considera que el control disciplinario no afecta la independencia judicial; el 31.25 % que sí afecta y el 18.75 % que el control disciplinario y la amenaza de sanción obliga a aplicar el criterio del Tribunal Constitucional a pesar de no estar a veces de acuerdo con dicho criterio.

Lejos de desvirtuar lo conjeturado líneas arriba (que la obligatoriedad de aplicar la jurisprudencia y precedentes, “bajo responsabilidad”, sí afecta la independencia judicial), para nosotros éstos porcentajes confirman por lo menos parcialmente dicha conjetura, pues de lo contrario el 100% hubiera contestado que el control disciplinario no afecta la independencia judicial.

En en la práctica no se ha identificado ningún juez que motivadamente se haya apartado del criterio sentado en la jurisprudencia o precedentes vinculantes, a pesar que han confirmado que a veces tienen un criterio distinto (el 100 % ha contestado haberlo experimentado); lo que obviamente explica por qué no encuentran necesariamente al control disciplinario como un elemento que afecta la independencia judicial.



- Sobre la posición del juez frente a los criterios del Tribunal Constitucional

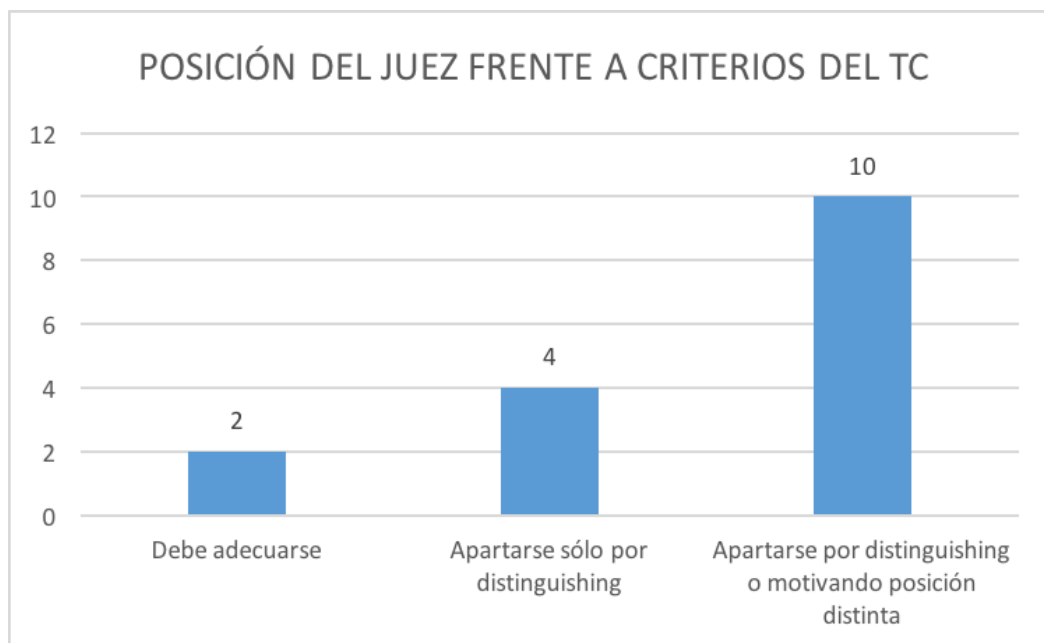
Sólo el 12.5% de los encuestados señaló que el juez debía adecuarse sin reparos a los criterios sentados por el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia y precedentes vinculantes; el 25% se inclinó a favor de que el apartamiento sólo podía ser bajo la figura del *distinguishing* y la mayoría (62.5 %) respondió que el juez debería poder apartarse aplicando el *distinguishing* o sentando su posición motivadamente, aunque difiera del Tribunal Constitucional.

La posición de esta mayoría (62.5 %) respalda nuestra tesis, pues es coherente con el 100 % que reconoció que a veces tiene un criterio distinto al que el Tribunal Constitucional refleja en su jurisprudencia y precedentes constitucionales.

Ergo, como es posible que un juez puede eventualmente discrepar del criterio sentado por el Tribunal Constitucional, es razonable que encuentre justificado apartarse motivadamente de dicho criterio y no verse obligado necesariamente a aplicarlo sólo porque entraría a tallar el órgano de control.

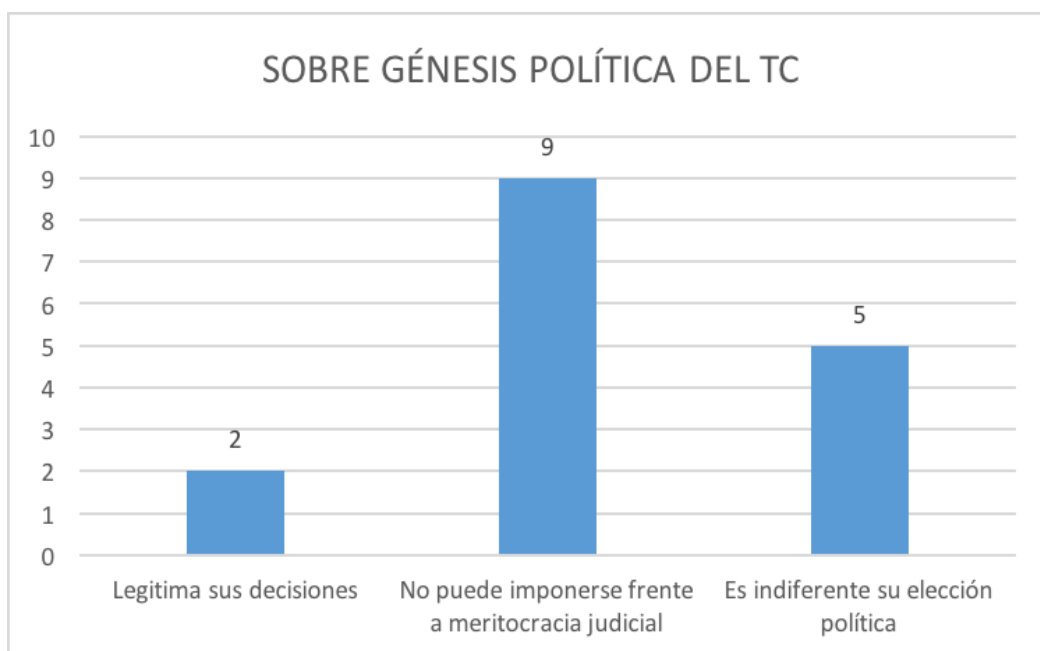
Es más, en otros ordenamientos procesales también se ha regulado el carácter vinculante de las decisiones del órgano jurisdiccional de mayor jerarquía, pero en ninguno se soslaya de la misma manera el criterio del juez, obligándolo a aplicarlos sí o sí. Por ejemplo, la decisión que se toma en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio civil constituye precedente judicial, pero inclusive aquí es posible que un juez se aparte motivadamente de dicha decisión. De ahí que el Art. 386° del mismo código señale que el recurso de casación se pueda sustentar en el apartamiento inmotivado del precedente judicial (en sentido contrario, es viable el apartamiento motivado). En el área penal, también es causal de casación si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial vinculante

establecida por la Corte Suprema (Art. 429.5 del Nuevo Código Procesal Penal).



- Sobre la génesis política del Tribunal Constitucional

Considerando que los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso, mientras que los jueces mediante concurso meritocrático (tanto para su nombramiento como para su ascenso), al respecto el 12.5 % afirma que la elección política de aquellos legitima sus decisiones, mientras que el 56.25 % señala que tal génesis política no puede imponerse sobre la meritocracia judicial, en tanto que para el 31.25 % es indiferente su elección política.



42. Conclusiones

Respecto al objetivo principal:

- Se ha determinado que el control disciplinario afecta el principio de independencia judicial, cuando se obliga al juez a la aplicación del precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional.

Respecto al objetivo específico:

- Se ha determinado que el control disciplinario afecta la independencia judicial subjetiva cuando soslayando el criterio del juez lo obliga a la aplicación del precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional.

Sin perjuicio de ello, también se ha establecido a lo largo de la presente investigación:

- Dentro del sistema jurídico peruano, la independencia judicial se configura como un principio de la función jurisdiccional; es un derecho fundamental de toda persona a ser juzgada por un juez independiente y es también un derecho del juez (ver acápite 13).
- Dentro del marco de la moderna concepción de la división de poderes, que supone más bien la coexistencia de competencias (ver acápite 9), el Tribunal Constitucional es un órgano constitucional autónomo, que interrelaciona sus funciones con los poderes clásicos los demás órganos del Estado (ver acápite 20).
- El precedente vinculante del Tribunal Constitucional se aplica de manera obligatoria, en virtud del Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en concordancia con la 1ª Disposición Final de la Ley 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, bajo responsabilidad; lo que en la práctica supone que el juez que no la aplica se expone a la investigación y sanción disciplinaria a que hubiere lugar (acápito 28.3).
- La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional se aplica de manera obligatoria, en virtud del Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en concordancia con la 1ª Disposición Final de la Ley 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, bajo responsabilidad; lo que en la práctica supone que el juez que no la aplica se expone a la investigación y sanción disciplinaria a que hubiere lugar (acápito 28.3).
- El texto de la Ley 28301 fue propuesto por el entonces Tribunal Constitucional (Proyecto de Ley 09508). Los antecedentes legislativos: Leyes 23385 (1982) y 23506 (1982) no evidencian una regulación similar. En la Ley 25398 (1992) se decía que el juez incurría en responsabilidad, pero si no motivaba las razones por las que se apartaba de la jurisprudencia obligatoria.

- No hay antecedentes de control disciplinario en caso de inaplicación “motivada” de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional; en los casos de inaplicación (por omisión) de dicha jurisprudencia, se ha investigado y aplicado sanción disciplinaria, bajo el supuesto de falta de motivación (acápites 36 y 37).

43. Aportes y recomendaciones

- En el *common law*, de donde es oriunda la figura del precedente, si un tribunal se aparta de su propio precedente o del establecido por su superior, la “sanción” que aplica éste último es dejar sin efecto lo decidido por quien se apartó y no la sanción disciplinaria que se aplica en nuestro país; el juez americano inclusive, sólo aplica el precedente en la medida que le permita arribar a una solución que él considera será justa (acápito 25.5) e inclusive la deroga anticipadamente – *anticipatory overruling*, inaplicando al precedente fijado por el superior (acápito 25.7).
- Dentro del *common law* lo que va a perfilar determinado precedente son los argumentos o razones (*ratio decidendi*) que justifican la decisión y que un nuevo juez evaluará en el nuevo caso donde sea invocado; cosa absolutamente distinta a lo que se ha hecho con el precedente constitucional en nuestro país, donde el Tribunal Constitucional es quien predetermina cuál es el extremo vinculante y tiene que ser aplicado “bajo responsabilidad” por el juez peruano (acápito 25.6).
- Como la Ley de la Carrera Judicial no prevé –literalmente –como falta la inaplicación, desconocimiento o apartamiento de la jurisprudencia constitucional o de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, el órgano de control aplica los supuestos genéricos

“acto u omisión que sin ser delito vulnera gravemente los deberes del cargo” y “no motivar las resoluciones o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales” (acápites 36 y 41.1).

- La sanción disciplinaria que se aplica en nuestro país por la falta de aplicación de la jurisprudencia y precedente vinculante del Tribunal Constitucional se sustenta además en la 1ª Disposición Final de la Ley 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a pesar que el Art. 146° inc. 1° de la Constitución garantiza la independencia del juez, señalando que éste está sometido sólo a la Constitución y la ley (acápite 37).
- La investigación realizada nos ha permitido comprobar que el control disciplinario afecta tanto el principio de independencia judicial como la independencia judicial subjetiva, porque soslayando el criterio del juez lo obliga a la aplicación del precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional.
- Esto no ocurre, por ejemplo, en el caso del carácter vinculante de los plenos casatorios civiles, pues el apartamiento inmotivado del precedente judicial es causal de casación (en sentido contrario, es viable el apartamiento motivado), pero sin que esto importe necesariamente la intervención del órgano de control.
- En resumen, **la tesis puede resumirse en que el apartamiento motivado de la jurisprudencia y precedente constitucional del Tribunal Constitucional no debe ser sancionable por el órgano de control**, por tres razones: una de orden sistemático, pues en el *common law* no se impone sanción disciplinaria por la inaplicación; una de orden legislativo, pues por encima de la Ley 28301 (que regula la

aplicación del precedente “bajo responsabilidad”) está la Constitución (que regula que el juez sólo está sometido a ésta y a la ley); y una de orden objetivo, pues los jueces constitucionales se han pronunciado en el sentido que a veces tienen un criterio distinto al del Tribunal Constitucional, algunos de los cuales encuentran en ello una afectación a la independencia judicial (subjetiva –funcional).

- Conviene proponer en esa línea la modificación de la 1ª Disposición Final de la Ley 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para que se excluya el término “bajo responsabilidad”.

- Lo que debe ser sancionable es la omisión dolosa en la aplicación de la jurisprudencia y precedente vinculante del Tribunal Constitucional, o el apartamiento inmotivado. Esto debe ser evaluado de manera previa por el órgano que conoce el proceso en segunda instancia, como lo hace la legislación española en los casos de manifiesta falta de motivación (Ley Orgánica 19/2003 del Poder Judicial; que modificó la Ley Orgánica 6/1985) –acápito 35.2.

BIBLIOGRAFÍA

1. **AHUMADA**, Marian, La expansión del control de la constitucionalidad y el sistema de los tribunales constitucionales, En: Tribunales Constitucionales y Democracia, Compilación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., Agosto del 2008.
2. **ALÁEZ CORRAL**, Benito y Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.
3. **BARKER**, Robert S., “Separación de poder en los Estados Unidos: resumen y actualización”, En: Ius Et Veritas, Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año VII, N° 12, Lima, Junio de 1996.
4. **BASADRE**, Jorge, Historia de la República del Perú 1822-1933, 8ª Edición, 1998, Tomos I y II, Santiago de Chile, (Colección del Diario La República y la Universidad Ricardo Palma).
5. **BERNALES BALLESTEROS**, Enrique, La Constitución de 1993, Análisis Comparado, Editora RAO, 5ª Edición, Lima, Septiembre de 1999.
6. **BIDART CAMPOS**, Germán J. y Walter F. CARNOTA, Derecho Constitucional Comparado, Tomo I, 1ª Reimpresión, EDIAR, Buenos Aires, 2001.
7. **BIDART CAMPOS**, Germán J. y Walter F. CARNOTA, Derecho Constitucional Comparado, Tomo II, 1ª Reimpresión, EDIAR, Buenos Aires, 2005.

8. **BIDART CAMPOS**, Germán J., La Corte Suprema, El Tribunal de las Garantías Constitucionales, Buenos Aires, EDIAR, 2010.
9. **BOBBIO**, Norberto, La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político, Fondo de Cultura Económica, 2ª Edición, 5ª Reimpresión, México D.F., 2007.
10. **CATENACCI**, Imerio Jorge, Introducción al Derecho, 1ª Edición, 1ª Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.
11. **CERVANTES ANAYA**, Dante, Manual de Derecho Administrativo, Editorial RODHAS, 7ª Edición, Lima, Junio 2013.
12. **CUETO RUA**, Julio, El Common Law, su Estructura Normativa – Su enseñanza, Talleres Gráficos de la Editorial La Ley, 1957, Buenos Aires Argentina.
13. **CHIRINOS SOTO**, Enrique, Constitución de 1993, Lectura y Comentario, 3ª Edición, corregida y aumentada, Editora Piedul, S.R.L., Lima, 1996.
14. **DE MENDIZÁBAL ALLENDE**, Rafael, La Guerra de los Jueces, Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional, Madrid, DYKINSON, 2012.
15. **ESPÍN TEMPLANO**, Eduardo y **DÍAZ REVORIO**, F. Javier, La justicia constitucional en el Estado Democrático, Valencia, 2000, Titant Lo Blanch.
16. **ETO CRUZ**, Gerardo, El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, Editorial ADRUS, 4ª Edición, Lima, Octubre del 2011.
17. **FERRAJOLI**, Luigi, Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

18. **FIX –ZAMUDIO**, Héctor, Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª Edición, México D.F., 1980.

19. **GARCÍA MAYNEZ**, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, 59ª Reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2006.

20. **GONZÁLES MANTILLA**, Gorki, Los jueces –Carrera Judicial y cultura jurídica, 1ª Edición, Palestra Editores, Lima, Noviembre del 2009.

21. **GUTIÉRREZ CAMACHO**, Walter, La justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Documento Preliminar 2014 -2015, Gaceta Jurídica, 1ª Edición, Lima -Noviembre del 2015.

22. **HAKANSSON NIETO**, Carlos, Curso de Derecho Constitucional, Palestra Editores, 2ª Edición, Junio del 2012.

23. **HENRIQUEZ FRANCO**, Humberto, Derecho Constitucional, Editora Fecat E.I.R.L. Sin fecha.

24. **HERNÁNDEZ MARÍN**, Rafael, Las obligaciones básicas de los jueces, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005.

25. **HOBBS**, Thomas, Leviatán, O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, Fondo de Cultura Económica, 2ª Edición en español 1980, 14ª reimpresión 2006, México D.F.

26. **ISAZA SERRANO**, Carlos Mario, Teoría General del derecho Disciplinario, 2ª Edición, TEMIS, Bogotá, 2009.

27. **ITURRALDE SESMA**, Victoria, El precedente en el Common Law, Editorial Civitas S.A., 1ª Edición, Madrid, 1995.

28. **JELLINEK**, Georg, Teoría General del Estado, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005.
29. **KELSEN**, Hans, Teoría General del Estado, Ediciones Coyoacán, 1ª Edición 2004, 2ª Reimpresión 28, México D.F.
30. **KRIELE**, Martín, Introducción a la Teoría del Estado, Fundamentos Históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.
31. **LANDA ARROYO**, César, Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Palestra Editores, 1ª Edición, Lima, Abril del 2010.
32. **LOCKE**, John, Segundo Tratado sobre el Gobierno, Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, Edición de Pablo López Álvarez, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.
33. **LOEWENSTEIN**, Karl, Teoría de la Constitución, Editorial ARIAL, 2ª Edición, Barcelona, Marzo de 1976.
34. **LOMBARDI**, Giorgio, La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Editorial Tecnos, Madrid, 2009.
35. **LÓPEZ GUERRA**, Luis, Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 3ª Edición, Madrid, Mayo del 2008.
36. **LÓPEZ MONROY**, José de Jesús, Sistema Jurídico del Common Law, Editorial Porrúa, México D.F., 1999.
37. **MESÍA RAMÍREZ**, Carlos, Exégesis del Código Procesal Constitucional, Tomo I, Gaceta Jurídica, 4ª Edición, Lima, Julio 2013.

38. **MIALLE**, Michel, El Estado del Derecho. México D.F, 2008, Goyoacán.
39. **MONTESQUIEU**, Del Espíritu de las leyes, Biblioteca de los grandes pensadores, Barcelona, 2002.
40. **MORÓN URBINA**, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, Lima, 10ª Edición, Febrero 2014.
41. **NARANJO MESA**, Vladimiro, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, 9ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2003.
42. **NINO**, Carlos S., Fundamentos del Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.
43. **PALOMINO MANCHEGO**, José F. (Coordinador), El Derecho Procesal Constitucional Peruano, Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde, Tomo I, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Jesús María, 1ª Reimpresión, Abril 2015.
44. **PÁSARA**, Luis, Tres claves de la justicia en el Perú, Fondo Editorial PUCP, 1ª Edición, Lima, Mayo del 2010.
45. **PAZ DE LA BARRA**, Vladimir, Teoría del Estado y Control del Poder, Empresa Editora Latina S.A., 1ª Edición, Lima, 1986.
46. **PEASE GARCÍA**, Henry, La Autocracia Fujimorista. Del Estado intervencionista al Estado mafioso, Fondo de Cultura Económica, Fondo Editorial PUCP, 1ª Edición, Lima, Enero 2003.
47. **PETIT**, Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano, Albatros, Buenos Aires, 1988.

48. **RABASA**, Oscar, El Derecho Angloamericano, Estudio expositivo y comparado del "Common Law", Fondo de Cultura Económica, 1ª Edición, México, 1944.
49. **RAMÍREZ ERAZO**, Ramón, Los jueces de Montesinos, la mafia fujimontesinista en el Poder Judicial, 1ª Edición, Junio del 2002, AMADP.
50. **ROJAS**, Ricardo Manuel, Análisis económico e institucional del orden jurídico, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
51. **SABINE**, George H., Historia de la Teoría Política, Fondo de Cultura Económica, 3ª Edición en español corregida y aumentada 1994, 1ª reimpresión 1996, México D.F.
52. **SEGURA ORTEGA**, Manuel, Sentido y límites de la discrecionalidad judicial, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
53. **TARUFFO**, Michele, Proceso y decisión, Lecciones mexicanas de Derecho Procesal, Marcial Pons, Madrid, 2012.
54. **TITO PUCA**, Yolanda Soledad, Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, 1ª Edición, Lima, Diciembre 2011.
55. **TOUCHARD**, Jean, Historia de las ideas políticas, Tecnos, 6ª Edición 2006, Reimpresión 2010, Madrid.
56. **TUNC**, André y Suzanne TUNC, El Derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas, 1era. Edición, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1957.
57. **TUPAYACHI SOTOMAYOR**, Jhonny, El precedente constitucional vinculante en el Perú, 2ª Edición actualizada, Adrus D&L Editores, Lima, 2014.

58. **TUSHNET**, Mark, *Constitucionalismo y Judicial Review*, 1ª Edición de Palestra Editores, Lima, Mayo del 2013.
59. **VAN CAENEGEM**, R.C., *Jueces, legisladores y profesores, Fases de la historia jurídica europea*, Palestra Editores, 1ª Edición, Lima, Abril del 2011.
60. **VÁSQUEZ**, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”; en: *El canon neoconstitucional*, Editores: Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Universidad Externado de Colombia, 1ª Edición, Bogotá, Enero del 2010.
61. **VÉLEZ GARCÍA**, Jorge, *Los dos sistemas del derecho administrativo, Ensayo de derecho público comparado*, 2ª Edición, Editorial Presencia Ltda., Santa Fe de Bogotá D.C., Marzo de 1996.
62. **VIGO**, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho*, México, 2005, Porrúa.
63. **WELZEL**, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho*, Editorial B de F, Julio César Faira –Editor, Buenos Aires, Agosto del 2005.
64. **ZIPPELIUS**, Reinhold, *Teoría General del Estado, Ciencia de la Política*, Traducido del alemán por Héctor Fix –Fierro, 2ª Edición, México D.F., 1989, Universidad Nacional Autónoma de México.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS JUECES

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Problemas	Objetivos	Hipótesis	Variables	Indicadores	Tipo Investigación	Método Técnicas
General ¿El control disciplinario afecta el principio de independencia judicial cuando se obliga al juez a aplicar el precedente y jurisprudencia vinculantes del TC?	General Determinar si el control disciplinario afecta el principio de independencia judicial cuando se obliga al juez a aplicar el precedente y jurisprudencia vinculantes del TC.	General El control disciplinario afecta el principio de independencia judicial cuando se obliga al juez a aplicar el precedente y jurisprudencia vinculantes del TC			Explicativa Cualitativa No experimental	<u>Método:</u> Inductivo <u>Técnicas:</u> Documental Encuesta <u>Instrumentos:</u> Ficha documental Cuestionario <u>Tipo de muestra:</u> Muestra probabilística
Específico ¿El control disciplinario afecta la independencia judicial subjetiva cuando soslayando el criterio del juez lo obliga a la aplicación del precedente y jurisprudencia vinculantes del TC?	Específico Determinar si el control disciplinario afecta la independencia judicial subjetiva cuando soslayando el criterio del juez lo obliga a la aplicación del precedente y jurisprudencia vinculantes del TC.	Específica El control disciplinario afecta la independencia judicial subjetiva porque soslayando el criterio del juez lo obliga a la aplicación del precedente y jurisprudencia vinculantes del TC.	V(x1): Control disciplinario	Resoluciones de la OCMA, ODECMA y CNM por las que se abre proceso disciplinario por inaplicación de jurisprudencia vinculante del TC		
			V(x2): Obligación de aplicar precedente vinculante	Sanciones de la OCMA y el CNM por inaplicación de precedente vinculante del TC		
			V(x3): Obligación de aplicar jurisprudencia vinculante	Sanciones de la OCMA y el CNM por inaplicación de jurisprudencia vinculante del TC		
			V(y1): Afectación a la independencia judicial subjetiva	Opinión de los jueces constitucionales de la Corte Superior de Lima		
			V(y2):Soslayo del criterio judicial	Opinión de los jueces constitucionales de la Corte Superior de Lima		



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
 Unidad de Postgrado
DOCTORADO EN DERECHO

OBJETIVO: El presente cuestionario ha sido elaborado para conocer si el control disciplinario afecta la independencia judicial, cuando sin importar el criterio del juez, lo obliga a la aplicación de la jurisprudencia y precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional
 Por favor, elija sólo una de las opciones:

1. Junto con los derechos a la permanencia, traslado sin consentimiento, entre otros, la independencia como derecho del juez es para Ud.:
 - a) Igual de importante que el resto
 - b) El más importante
 - c) De menor importancia
2. Sobre la jerarquía del Tribunal Constitucional, considera Ud. que en la práctica:
 - a) Está por debajo de los poderes del Estado
 - b) Está por encima de los poderes del Estado
 - c) Es equivalente a los poderes del Estado
3. En cuanto al precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional:
 - a) Son importantes, porque generan predictibilidad e igualdad
 - b) Son importantes, porque sirven de modelo o guía al juez
 - c) Son prescindibles
4. Sobre los criterios del Tribunal Constitucional, recogidos en sus precedentes y jurisprudencia vinculantes:
 - a) Siempre estoy de acuerdo
 - b) Nunca estoy de acuerdo
 - c) A veces tengo un criterio distinto
5. En qué casos aplica el precedente y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional:
 - a) Los he aplicado por la fortaleza de sus argumentos
 - b) Los he aplicado para evitar proceso y sanción disciplinaria
 - c) a) y b)
6. Sobre el control disciplinario y el carácter vinculante del precedente y jurisprudencia del Tribunal Constitucional:
 - a) El control disciplinario y la amenaza de sanción obliga a aplicar el criterio del TC a pesar de no estar a veces de acuerdo
 - b) El control disciplinario no afecta la independencia judicial
 - c) El control disciplinario sí afecta la independencia judicial
7. Frente a los precedentes y jurisprudencia vinculantes del Tribunal Constitucional, el criterio del juez ordinario debería:
 - a) Adecuarse sin reparos a los criterios del Tribunal
 - b) Apartarse sólo bajo el *distinguishing* (porque se resuelve caso distinto)
 - c) Apartarse aplicando el *distinguishing* o sentando su posición motivadamente, aunque difiera del TC
8. Considerando que los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso:
 - a) Su elección política legítima de sus decisiones
 - b) Su génesis política no puede imponerse sobre la meritocracia judicial
 - c) Es indiferente su elección política

GRACIAS